

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

**Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I**



**TESIS DOCTORAL**

**Aspectos jurídicos del *outsourcing* tecnológico**

MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE DOCTOR

PRESENTADA POR

**Miguel Ángel Mata González**

Director

**Emilio Suñé y Llinás**

**Madrid, 2017**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**FACULTAD DE DERECHO**

Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política I



**ASPECTOS JURÍDICOS DEL *OUTSOURCING* TECNOLÓGICO**

**TESIS DOCTORAL PRESENTADA POR**

**Miguel Ángel Mata González**

Bajo la dirección del doctor

D. Emilio Suñé Llinás

**Madrid, 2015**

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID**

**“ASPECTOS JURÍDICOS DEL *OUTSOURCING* TECNOLÓGICO”**

**Doctorando: Miguel Ángel Mata González.**

**Director: Dr. Emilio Suñé Llinás**

*A la memoria de mi madre, Mercedes, a la que realicé la promesa de finalizar el Doctorado.  
Siempre en mi recuerdo, a ella se lo debo todo.*

*A Cristina, mi mujer, sin duda mi principal apoyo. Y a Ana, mi hija recién nacida.*

*A mi padre y mis hermanas, que tanto apreciarán el trabajo realizado.*

## **TABLA DE CONTENIDO**

<b>ABREVIATURAS .....</b>	<b>20</b>
<b>LEGISLACIÓN .....</b>	<b>25</b>
<b>JUSTIFICACIÓN .....</b>	<b>32</b>
 <b>1 <u>INTRODUCCIÓN AL <i>OUTSOURCING</i></u> .....</b>	 <b>40</b>
 <b>1.1 ANTECEDENTES .....</b>	 <b>40</b>
<b>1.2 CONCEPTO DE <i>OUTSOURCING</i> .....</b>	<b>45</b>
<b>1.3 CARACTERÍSTICAS DEL <i>OUTSOURCING</i> .....</b>	<b>49</b>
<b>1.4 MODALIDADES DE <i>OUTSOURCING</i> .....</b>	<b>52</b>
1.4.1 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN DE LA RAZÓN DE NEGOCIO PARA ACOMETER LA EXTERNALIZACIÓN .....	54
1.4.2 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN DEL ALCANCE DEL SERVICIO EXTERNALIZADO .....	55
1.4.3 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN DE SI SE TRANSFIEREN O NO PERSONAL Y/O ACTIVOS INFORMÁTICOS .....	55
1.4.4 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN DEL LUGAR DESDE DONDE SE EJECUTA EL SERVICIO .....	56
1.4.5 CLASIFICACIÓN EN FUNCIÓN DEL SERVICIO EXTERNALIZADO .....	58
1.4.5.1 Mantenimiento de aplicaciones .....	58
1.4.5.1.1 Mantenimiento correctivo .....	59
1.4.5.1.2 Pequeño evolutivo .....	60
1.4.5.1.3 Mantenimiento preventivo .....	61
1.4.5.1.4 Soporte al usuario .....	61
1.4.5.2 Gestión de infraestructuras .....	63
1.4.5.3 Externalización de procesos de negocio .....	64
1.4.5.4 Otros servicios .....	64
1.4.5.4.1.1 Asistencia técnica .....	64
1.4.5.4.1.2 Consultoría .....	65
1.4.5.4.1.3 Desarrollo de proyectos .....	66
<b>1.5 LAS FACTORÍAS DE <i>SOFTWARE</i> .....</b>	<b>66</b>

<b>1.6</b>	<b>VENTAJAS E INCONVENIENTES DEL <i>OUTSOURCING</i>.....</b>	<b>67</b>
1.6.1	VENTAJAS.....	68
1.6.2	INCONVENIENTES.....	69
<b>1.7</b>	<b>FASES PARA LA CONTRATACIÓN DE SERVICIOS TIC .....</b>	<b>70</b>
1.7.1	IDENTIFICACIÓN DE LAS NECESIDADES DEL CLIENTE .....	71
1.7.2	SELECCIÓN DEL PRESTADOR.....	73
1.7.3	NEGOCIACIÓN Y CONTRATACIÓN DEL SERVICIO.....	75
1.7.4	PRESTACIÓN DEL SERVICIO .....	76
1.7.5	TRANSFERENCIA Y CIERRE.....	77
<b>2</b>	<b><u>ASPECTOS GENERALES DE DERECHO PRIVADO</u> .....</b>	<b>78</b>
<b>2.1</b>	<b>CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL CONTRATO DE <i>OUTSOURCING</i> .....</b>	<b>78</b>
2.1.1	CONTRATO Y SUS CONSECUENCIAS .....	78
2.1.2	INTRODUCCIÓN AL CONTRATO DE <i>OUTSOURCING</i> .....	79
2.1.3	NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE <i>OUTSOURCING</i> .....	84
2.1.3.1	Carácter mercantil del <i>outsourcing</i> .....	84
2.1.3.2	Arrendamiento de servicios frente a ejecución de obra .....	84
2.1.3.2.1	«Cosas» y «servicios» en el CC.....	84
2.1.3.2.2	Obligación de medios frente a obligación de resultado .....	85
2.1.3.3	Modalidad de <i>outsourcing</i> como elemento definitorio de su naturaleza jurídica.....	87
2.1.3.3.1	Outsourcing como arrendamiento de servicios .....	87
2.1.3.3.2	Outsourcing como ejecución de obra .....	88
2.1.3.3.3	Outsourcing como un contrato atípico.....	90
2.1.4	NORMATIVA APLICABLE .....	91
<b>2.2</b>	<b>DOCUMENTOS PREVIOS A LA FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO .....</b>	<b>92</b>
2.2.1	ACUERDO DE CONFIDENCIALIDAD.....	92
2.2.2	ACUERDO DE INTENCIONES .....	94
2.2.3	ACUERDO DE COLABORACIÓN PARA LA PRESENTACIÓN CONJUNTA DE OFERTA POR DOS PRESTADORES.....	95
2.2.4	ACUERDO PROVISIONAL.....	97

<b>2.3</b>	<b>CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE <i>OUTSOURCING</i></b>	<b>98</b>
2.3.1	INTRODUCCIÓN	98
2.3.2	IDENTIFICACIÓN DE LOS CONTRATANTES Y PARTE EXPOSITIVA	99
2.3.3	DEFINICIONES	100
2.3.4	OBJETO DEL CONTRATO	101
2.3.4.1	Ámbito objetivo	101
2.3.4.1.1	Servicios incluidos en el alcance	101
2.3.4.1.2	Servicios excluidos del alcance	103
2.3.4.2	Ámbito subjetivo	104
2.3.4.3	Asunciones esenciales y revisión de condiciones	105
2.3.5	VIGENCIA Y RENOVACIONES	106
2.3.5.1	Plazo de vigencia inicial	106
2.3.5.2	Prórroga	107
2.3.6	LUGAR DE PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS	108
2.3.7	FASES DEL SERVICIO	111
2.3.7.1	Transición	111
2.3.7.2	Servicio permanente	112
2.3.7.3	Reversión	113
2.3.8	MODIFICACIÓN DEL CONTRATO	114
2.3.8.1	Cambios objetivos	114
2.3.8.2	Cambios subjetivos	116
2.3.9	ACEPTACIÓN DE ENTREGABLES DEL SERVICIO	117
2.3.10	CONTINUIDAD DEL SERVICIO Y PLAN DE CONTINGENCIA	118
2.3.11	OBLIGACIONES DE LAS PARTES	118
2.3.11.1	Obligaciones del prestador	119
2.3.11.2	Obligaciones del cliente	122
2.3.12	SUBCONTRATACIÓN	123
2.3.13	CESIÓN	125

2.3.14	ACUERDO DE CALIDAD DEL SERVICIO (ANS).....	127
2.3.14.1	Concepto.....	127
2.3.14.2	Medición del ANS .....	129
2.3.14.3	Categorización de las incidencias.....	129
2.3.14.4	Bonificaciones y penalizaciones.....	130
2.3.14.5	Modificaciones del ANS.....	132
2.3.15	ACTIVOS INFORMÁTICOS NECESARIOS PARA LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO.....	133
2.3.15.1	Contratos del cliente a gestionar por el prestador .....	134
2.3.15.2	<i>Hardware</i> propiedad del cliente y <i>hardware</i> propiedad de terceros.....	135
2.3.15.3	<i>Software</i> propiedad del cliente y <i>software</i> licenciado por terceros a este .....	136
2.3.15.4	Activos informáticos propiedad del prestador y licenciados por terceros a este .....	137
2.3.16	MODELO DE GOBIERNO .....	138
2.3.16.1	Introducción.....	138
2.3.16.2	Comités de gobierno .....	138
2.3.16.2.1	Comité de dirección.....	139
2.3.16.2.2	Comité de seguimiento .....	139
2.3.16.2.3	Comité operativo.....	140
2.3.16.3	Procedimiento para la resolución de incidencias, consultas y peticiones.....	140
2.3.17	ASPECTOS LABORALES .....	141
2.3.18	CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA.....	141
2.3.18.1	Precio del servicio.....	141
2.3.18.2	Facturación .....	142
2.3.18.3	Devengo de intereses de demora .....	144
2.3.18.4	Cargos en disputa .....	145
2.3.19	BENCHMARKING .....	146
2.3.20	EXCLUSIVIDAD.....	146
2.3.21	CONFIDENCIALIDAD Y <i>KNOW-HOW</i> .....	149
2.3.22	PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL.....	151
2.3.23	PROPIEDAD INTELECTUAL.....	154
2.3.24	GARANTÍA SOBRE LOS ENTREGABLES DEL SERVICIO .....	156



2.3.25	AUDITORÍAS .....	157
2.3.26	CAUSAS Y EFECTOS DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO.....	158
2.3.26.1	La acción resolutoria.....	159
2.3.26.1.1	Concepto y regulación.....	159
2.3.26.1.2	Requisitos.....	160
2.3.26.2	Causas de terminación del contrato .....	163
2.3.26.2.1	Expiración.....	163
2.3.26.2.2	Resolución anticipada de mutuo acuerdo .....	163
2.3.26.2.3	Resolución anticipada por incumplimiento contractual .....	164
2.3.26.2.3.1	Resolución por declaración de la parte que hubiera sufrido el incumplimiento .....	165
2.3.26.2.3.2	Resolución mediante interposición de acción judicial de resolución contractual .....	166
2.3.26.2.4	Resolución anticipada ante un escenario de fuerza mayor .....	167
2.3.26.2.5	Resolución anticipada por conveniencia .....	167
2.3.26.2.6	Resolución anticipada por causas diferentes .....	168
2.3.26.3	Efectos de la terminación anticipada.....	169
2.3.26.3.1	De carácter general .....	169
2.3.26.3.2	De carácter específico para el contrato de outsourcing .....	172
2.3.27	FUERZA MAYOR Y CASO FORTUITO .....	172
2.3.28	TRANSFERENCIA DE TECNOLOGÍA .....	174
2.3.29	MISCELÁNEA .....	176
2.3.29.1	Introducción.....	176
2.3.29.2	Acuerdo íntegro.....	177
2.3.29.3	Prevalencia contractual.....	178
2.3.29.4	Invalidez del contrato .....	178
2.3.29.4.1	Nulidad.....	178
2.3.29.4.2	Anulabilidad .....	179
2.3.29.5	Notificaciones y relación <i>inter partes</i> .....	180
2.3.29.6	Ejercicio de acciones.....	181
2.3.29.7	Publicidad del contrato .....	181
2.3.30	LEY APLICABLE Y ÓRGANO COMPETENTE PARA LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS.....	182

<b>2.4 SOLUCIONES EXTRAJUDICIALES DE CONFLICTOS .....</b>	<b>183</b>
2.4.1 INTRODUCCIÓN .....	183
2.4.2 MEDIACIÓN .....	184
2.4.2.1 Introducción .....	184
2.4.2.2 Principios y reglas de la mediación .....	186
2.4.2.2.1 Voluntariedad y libre disposición .....	186
2.4.2.2.2 Imparcialidad y neutralidad .....	187
2.4.2.2.3 Confidencialidad .....	188
2.4.2.2.4 Lealtad, buena fe, respeto y colaboración mutua .....	189
2.4.2.3 Proceso de mediación .....	189
2.4.2.3.1 Solicitud del inicio de la mediación .....	189
2.4.2.3.2 Procedimiento de mediación .....	190
2.4.2.3.3 Acuerdo de mediación .....	191
2.4.3 ARBITRAJE .....	192
2.4.3.1 Introducción .....	192
2.4.3.2 Garantías constitucionales del arbitraje .....	194
2.4.3.3 Tipos de arbitraje .....	196
2.4.3.4 Procedimiento arbitral .....	197
2.4.3.4.1 Convenio arbitral .....	197
2.4.3.4.2 Árbitro o institución arbitral .....	199
2.4.3.4.3 Actuación arbitral .....	201
2.4.3.4.4 Laudo arbitral .....	202
 <b>3 <u>PERSPECTIVA LABORAL DEL OUTSOURCING</u> .....</b>	<b>205</b>
 <b>3.1 <i>OUTSOURCING</i> Y ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL ESPAÑOL .....</b>	<b>205</b>
3.1.1 ANTECEDENTES .....	205
3.1.2 VENTAJAS LABORALES DEL <i>OUTSOURCING</i> .....	206
3.1.3 DESVENTAJAS LABORALES DEL <i>OUTSOURCING</i> .....	207

3.1.4	TELETTRABAJO .....	208
3.1.4.1	Introducción .....	208
3.1.4.2	Concepto y naturaleza jurídica .....	209
3.1.4.3	Ventajas e inconvenientes .....	210
3.1.4.4	Reglas aplicables .....	212
3.1.5	OUTSOURCING EN LA CE Y EN LA NORMATIVA LABORAL .....	213
<b>3.2</b>	<b>CONTRATAS Y SUBCONTRATAS .....</b>	<b>215</b>
3.2.1	INTRODUCCIÓN .....	215
3.2.2	CONCEPTO DE CONTRATA Y SUBCONTRATA .....	216
3.2.3	SERVICIOS QUE PUEDEN SER OBJETO DE CONTRATAS Y SUBCONTRATAS .....	218
3.2.3.1	Ejecución de obras y el arrendamiento de servicios .....	218
3.2.3.2	Actividades pertenecientes a la propia actividad del empresario principal .....	220
3.2.3.2.1.1	Indicios para detectar qué se entiende por «propia actividad» .....	220
3.2.3.2.1.2	Consecuencias de la subcontratación de actividades ajenas a la «propia actividad» ..	221
3.2.4	SUBCONTRATACIÓN EN LA NORMATIVA LABORAL .....	222
3.2.4.1	Requisitos para una subcontratación lícita .....	223
3.2.4.1.1	Justificación técnica de la subcontratación .....	223
3.2.4.1.2	Subcontratista como empresario real .....	223
3.2.4.1.3	Ejercicio de los poderes de dirección del subcontratista sobre sus empleados .....	225
3.2.4.2	Obligaciones derivadas de la subcontratación .....	227
3.2.4.3	Responsabilidades derivadas de la subcontratación .....	227
3.2.4.3.1	En relación a las obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social	227
3.2.4.3.2	En relación a las obligaciones salariales contraídas por el subcontratista .....	229
3.2.4.3.3	En relación a las obligaciones de seguridad y salubridad laboral .....	230
<b>3.3</b>	<b>CESIÓN DE TRABAJADORES .....</b>	<b>231</b>
3.3.1	ANTECEDENTES .....	231
3.3.2	CESIÓN LÍCITA DE TRABAJADORES .....	233

3.3.3	CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES .....	234
3.3.3.1	Introducción .....	234
3.3.3.2	Concepto de cesión ilegal de trabajadores.....	234
3.3.3.3	Elementos indiciarios de una cesión ilícita de trabajadores .....	235
3.3.3.4	Efectos de la declaración judicial de una cesión ilegal de trabajadores.....	237
<b>3.4</b>	<b>TRANSFERENCIA DE UNA UNIDAD PRODUCTIVA AUTÓNOMA (UPA) .....</b>	<b>238</b>
3.4.1	INTRODUCCIÓN .....	238
3.4.2	NORMATIVA APLICABLE .....	239
3.4.3	TRANSFERENCIA DE PERSONAL DEL CLIENTE AL PRESTADOR .....	241
3.4.4	REQUISITOS PARA LA TRANSFERENCIA DE UNA UPA.....	242
3.4.5	CONSECUENCIAS DE LA TRANSFERENCIA DE UNA UPA.....	244
3.4.5.1	Continuidad de los contratos de trabajo del personal traspasado.....	244
3.4.5.2	Responsabilidad solidaria para los empresarios sucesivos de las obligaciones laborales ..	246
3.4.5.3	Aplicación temporal del convenio anterior .....	247
<b>3.5</b>	<b>REGULACIÓN DE LOS ASPECTOS LABORALES EN EL CONTRATO DE <i>OUTSOURCING</i> .....</b>	<b>248</b>
3.5.1	ANTE UNA AUSENCIA DE TRANSFERENCIA DE PERSONAL .....	248
3.5.2	ANTE UNA TRANSFERENCIA DE PERSONAL.....	250
3.5.2.1	Aspectos previos a la transferencia de personal en una operación de <i>outsourcing</i> .....	250
3.5.2.2	Aspectos contractuales ante una transferencia de personal.....	251
3.5.3	PERSONAL DEL PRESTADOR ASIGNADO AL SERVICIO .....	252
3.5.4	OBLIGACIONES DERIVADAS DE LA NORMATIVA LABORAL .....	252
3.5.5	SEGURIDAD Y SALUBRIDAD LABORAL.....	253
3.5.6	RESTRICCIONES A LA CONTRATACIÓN DE PERSONAL DE LA CONTRAPARTE .....	254
<b>4</b>	<b><u>PROTECCIÓN DE DATOS</u> .....</b>	<b>255</b>
<b>4.1</b>	<b>NORMATIVA APLICABLE .....</b>	<b>255</b>
4.1.1	NORMATIVA COMUNITARIA .....	255
4.1.2	NORMATIVA NACIONAL .....	258

<b>4.2</b>	<b>DEFINICIONES .....</b>	<b>260</b>
4.2.1	DATO DE CARÁCTER PERSONAL .....	260
4.2.2	FICHERO.....	263
4.2.3	RESPONSABLE DEL FICHERO Y ENCARGADO DEL TRATAMIENTO .....	264
4.2.4	AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEDP) .....	265
<b>4.3</b>	<b>ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LOPD Y PRINCIPIOS APLICABLES.....</b>	<b>265</b>
4.3.1	ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LOPD .....	265
4.3.2	PRINCIPIOS APLICABLES A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES .....	267
4.3.2.1	Principio de publicidad .....	267
4.3.2.2	Principio del consentimiento .....	268
4.3.2.3	Principio de información .....	271
4.3.2.3.1	Derecho del interesado a recibir información sobre sus datos personales .....	271
4.3.2.3.2	Derechos ARCO.....	271
4.3.2.4	Principio de calidad de los datos.....	274
4.3.2.5	Principio de seguridad .....	274
4.3.2.6	Principio del deber de secreto .....	275
<b>4.4</b>	<b>ASPECTOS A REGULAR EN UNA RELACIÓN NEGOCIAL DE <i>OUTSOURCING</i> .....</b>	<b>276</b>
4.4.1	INTRODUCCIÓN .....	276
4.4.2	RELACIÓN ENTRE CLIENTE Y PRESTADOR.....	277
4.4.2.1	Acceso a los ficheros del cliente por cuenta del prestador.....	277
4.4.2.2	Responsabilidad en materia de protección de datos de carácter personal.....	279
4.4.2.3	Protocolos y medidas de seguridad .....	281
4.4.2.4	Obligaciones de las partes.....	281
4.4.2.4.1	Obligaciones del prestador .....	281
4.4.2.4.2	Obligaciones del cliente.....	284
4.4.2.5	Procedimiento de disociación de los datos de carácter personal .....	285
4.4.3	SUBCONTRATACIÓN DE SERVICIOS CON ACCESO A DATOS PERSONALES DEL CLIENTE.....	286
<b>4.5</b>	<b>TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL .....</b>	<b>291</b>
4.5.1	INTRODUCCIÓN .....	291
4.5.2	CONCEPTO DE TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS, EXPORTADOR E IMPORTADOR .....	293

4.5.3	PAÍSES CON UN NIVEL DE PROTECCIÓN ADECUADO .....	295
4.5.4	PAÍSES CON UN NIVEL DE PROTECCIÓN INADECUADO .....	297
4.5.5	PROCEDIMIENTO PREVIO A UNA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL DE DATOS PERSONALES.....	297
4.5.6	CLÁUSULAS CONTRACTUALES TIPO .....	300
4.5.6.1	Exportador como responsable del fichero .....	300
4.5.6.2	Exportador como encargado del tratamiento .....	302
4.5.7	OBLIGACIONES DEL EXPORTADOR E IMPORTADOR DE DATOS .....	304
4.5.8	REGLAS CORPORATIVAS VINCULANTES (BCR) .....	308
4.5.8.1	Introducción.....	308
4.5.8.2	Requisitos de las BCR.....	310
4.5.8.3	Procedimiento para la aprobación de BCR por la autoridad nacional.....	312
4.5.9	DENEGACIÓN O SUSPENSIÓN TEMPORAL DE UNA TRANSFERENCIA INTERNACIONAL .....	314
4.5.9.1	Denegación de una transferencia internacional .....	314
4.5.9.2	Suspensión de una transferencia internacional .....	314
4.5.9.3	Procedimiento para la denegación o suspensión de una transferencia internacional.....	315
<b>4.6</b>	<b>MEDIDAS DE SEGURIDAD EN EL TRATAMIENTO DE DATOS PERSONALES .....</b>	<b>315</b>
4.6.1.1	Deber de confidencialidad y seguridad de los datos personales.....	315
4.6.1.2	Niveles de seguridad sobre los datos de carácter personal.....	316
4.6.1.3	Medidas de seguridad sobre los ficheros .....	317
<b>4.7</b>	<b>EXTINCIÓN DEL TRATAMIENTO.....</b>	<b>319</b>
<b>4.8</b>	<b>INFRACCIONES Y SANCIONES .....</b>	<b>321</b>
<b>5</b>	<b><u>PROPIEDAD INTELECTUAL</u>.....</b>	<b>325</b>
<b>5.1</b>	<b>INTRODUCCIÓN Y NORMATIVA APLICABLE .....</b>	<b>325</b>
5.1.1	INTRODUCCIÓN .....	325
5.1.2	NORMATIVA APLICABLE .....	326
<b>5.2</b>	<b>DEFINICIONES .....</b>	<b>327</b>
5.2.1	OBRA.....	327
5.2.2	AUTOR.....	329

5.2.3	PROGRAMA DE ORDENADOR .....	330
5.2.3.1	Protección del programa de ordenador por derechos de autor .....	330
5.2.3.2	Concepto y requisitos para su protección .....	331
5.2.3.3	Concepto de virus y gusano informático .....	335
<b>5.3</b>	<b>TIPOLOGÍA DE OBRAS .....</b>	<b>336</b>
5.3.1	OBRA EN COLABORACIÓN, OBRA COLECTIVA Y OBRA COMPUESTA .....	336
5.3.1.1	Obra en colaboración .....	336
5.3.1.2	Obra colectiva .....	337
5.3.1.3	Obra compuesta .....	339
5.3.2	OBRAS CREADAS POR ASALARIADOS .....	340
5.3.2.1	De las obras en general .....	340
5.3.2.2	De los programas de ordenador en particular .....	340
5.3.3	SOFTWARE DESARROLLADO POR ENCARGO .....	343
<b>5.4</b>	<b>FACULTADES DEL AUTOR SOBRE SU OBRA.....</b>	<b>345</b>
5.4.1	INTRODUCCIÓN .....	345
5.4.2	DERECHOS MORALES.....	346
5.4.2.1	Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma.....	347
5.4.2.2	Derecho de paternidad.....	349
5.4.2.3	Derecho a la integridad de la obra .....	349
5.4.2.4	Derecho de modificación .....	350
5.4.3	DERECHOS PATRIMONIALES.....	351
5.4.3.1	Reproducción .....	352
5.4.3.1.1	De las obras en general .....	352
5.4.3.1.2	De los programas de ordenador en particular .....	353
5.4.3.1.2.1	Cesión del derecho de reproducción a los efectos del uso.....	354
5.4.3.1.2.2	Licencias de uso como condiciones generales de contratación .....	358
5.4.3.1.2.3	Licencias <i>shrink-wrap</i> y <i>click-wrap</i> .....	359
5.4.3.2	Distribución .....	361

5.4.3.3	Comunicación pública .....	362
5.4.3.3.1	De las obras en general .....	362
5.4.3.3.2	De los programas de ordenador en particular .....	363
5.4.3.4	Transformación.....	364
5.4.3.4.1	De las obras en general .....	364
5.4.3.4.2	De los programas de ordenador en particular .....	364
5.4.4	LÍMITES A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DEL AUTOR .....	365
5.4.4.1	De las obras en general .....	365
5.4.4.2	De los programas de ordenador en particular .....	367
5.4.4.2.1	Reproducción o transformación para la utilización del software .....	368
5.4.4.2.2	Corrección de errores.....	369
5.4.4.2.3	Copia de seguridad .....	371
5.4.4.2.4	Versiones sucesivas y programas derivados.....	372
5.4.4.2.5	Descompilación e interoperabilidad .....	373
5.4.5	SOFTWARE LIBRE Y SOFTWARE DE CÓDIGO ABIERTO .....	375
<b>5.5</b>	<b>TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE EXPLOTACIÓN .....</b>	<b>377</b>
5.5.1	TRANSMISIÓN <i>INTER VIVOS</i> .....	377
5.5.2	CESIÓN EN EXCLUSIVA Y NO EXCLUSIVA .....	380
5.5.2.1	Cesión en exclusiva .....	380
5.5.2.2	Cesión no exclusiva .....	383
5.5.3	TRANSMISIÓN DE DERECHOS EN UNA RELACIÓN NEGOCIAL DE <i>OUTSOURCING</i> .....	384
5.5.3.1	Derechos sobre los materiales preexistentes al <i>outsourcing</i> .....	384
5.5.3.2	Derechos sobre los materiales generados como resultado del servicio .....	385
<b>5.6</b>	<b>INSCRIPCIÓN REGISTRAL Y DEPÓSITO NOTARIAL.....</b>	<b>388</b>
5.6.1	INSCRIPCIÓN REGISTRAL.....	388
5.6.1.1	De las obras en general .....	388
5.6.1.2	De los programas de ordenador en particular .....	389
5.6.2	DEPÓSITO NOTARIAL O <i>ESCROW</i> .....	391



<b>5.7</b>	<b>INFRACCIÓN DE LOS DERECHOS, ACCIONES Y PROCEDIMIENTOS .....</b>	<b>392</b>
5.7.1	INFRACCIÓN DE DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL .....	392
5.7.1.1	De las obras en general .....	392
5.7.1.2	De los programas de ordenador en particular .....	393
5.7.2	PROTECCIÓN DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL EN LOS ÁMBITOS CIVIL Y PENAL .....	397
5.7.2.1	Acciones y procedimientos en la LPI ante una conducta infractora .....	397
5.7.2.1.1	Cese de la actividad ilícita.....	398
5.7.2.1.2	Indemnización.....	398
5.7.2.1.3	Medidas cautelares .....	400
5.7.2.2	Delitos contra la propiedad intelectual .....	402
<b>6</b>	<b><u>LA RESPONSABILIDAD CIVIL</u> .....</b>	<b>404</b>
<b>6.1</b>	<b>ASPECTOS GENERALES DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....</b>	<b>404</b>
6.1.1	DEFINICIÓN DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	404
6.1.2	ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....	406
6.1.2.1	Sujetos.....	406
6.1.2.2	Hecho generador .....	407
6.1.2.3	Imputación subjetiva .....	407
6.1.2.3.1	Dolo .....	408
6.1.2.3.2	Culpa .....	409
6.1.2.4	Nexo causal .....	411
6.1.2.5	Daño .....	413
6.1.2.5.1	Concepto.....	413
6.1.2.5.2	Tipologías de daño.....	414
6.1.2.5.2.1	Daño patrimonial o económico .....	415
6.1.2.5.2.2	Daño extrapatrimonial o moral.....	416
<b>6.2</b>	<b>RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL .....</b>	<b>417</b>
6.2.1	RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL .....	417
6.2.2	RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL.....	420
6.2.3	CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES.....	422

6.2.4	CULPA O DOLO IN CONTRAHENDO .....	423
6.2.5	DAÑO POSTCONTRACTUAL .....	425
<b>6.3</b>	<b>PROCEDIMIENTOS DE REPARACIÓN DEL DAÑO .....</b>	<b>426</b>
<b>6.4</b>	<b>SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....</b>	<b>428</b>
6.4.1	CONCEPTO .....	428
6.4.2	ELEMENTOS SUBJETIVOS .....	431
6.4.2.1	Asegurador .....	431
6.4.2.2	Asegurado .....	432
6.4.2.3	Tomador .....	432
6.4.2.4	Beneficiario .....	432
6.4.3	ELEMENTOS OBJETIVOS .....	433
6.4.3.1	Riesgo .....	433
6.4.3.1.1	Responsabilidad civil general .....	435
6.4.3.1.2	Responsabilidad civil de explotación .....	435
6.4.3.1.3	Responsabilidad civil sobre productos defectuosos .....	436
6.4.3.1.4	Responsabilidad patronal .....	436
6.4.3.2	Interés asegurado .....	437
6.4.3.3	Siniestro .....	437
6.4.4	ACCIÓN DIRECTA DEL PERJUDICADO FRENTE AL ASEGURADOR .....	438
<b>6.5</b>	<b>CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL .....</b>	<b>438</b>
6.5.1	CONCEPTO Y ÁMBITO DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	438
6.5.2	VALIDEZ DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	443
6.5.2.1	Cláusulas restrictivas de responsabilidad de naturaleza contractual .....	443
6.5.2.2	Cláusulas restrictivas de responsabilidad de naturaleza extracontractual .....	445
6.5.2.3	Cláusulas restrictivas en sede precontractual .....	448
6.5.3	LÍMITES A LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	449
6.5.3.1	Derechos fundamentales .....	449
6.5.3.2	Dolo y culpa grave .....	449
6.5.4	INTERPRETACIÓN DE LAS CLAUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	451
6.5.5	EFICACIA DE LAS CLÁUSULAS RESTRICTIVAS DE RESPONSABILIDAD CIVIL .....	452
6.5.6	NULIDAD PARCIAL DE LAS CLÁUSULAS QUE INFRINGEN LOS LÍMITES DE VALIDEZ DEL CONTRATO .....	453

<b>7</b>	<b><u>CLOUD COMPUTING COMO EVOLUCIÓN DEL OUTSOURCING</u></b>	<b>455</b>
<b>7.1</b>	<b>INTRODUCCIÓN</b>	<b>455</b>
<b>7.2</b>	<b>CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS</b>	<b>457</b>
7.2.1	CONCEPTO	457
7.2.2	CARACTERÍSTICAS	459
<b>7.3</b>	<b>TIPOLOGÍAS</b>	<b>461</b>
7.3.1	NUBE PRIVADA	461
7.3.2	NUBE PÚBLICA	462
7.3.3	NUBE HÍBRIDA	462
<b>7.4</b>	<b>MODALIDADES DE SERVICIO</b>	<b>463</b>
7.4.1	INFRAESTRUCTURA COMO SERVICIO	463
7.4.2	PLATAFORMA COMO SERVICIO	464
7.4.3	SOFTWARE COMO SERVICIO	464
<b>7.5</b>	<b>RIESGOS</b>	<b>465</b>
7.5.1	PRIVACIDAD, CONFIDENCIALIDAD Y CUMPLIMIENTO NORMATIVO	466
7.5.2	SEGURIDAD	467
7.5.3	DEPENDENCIA DE INTERNET	468
7.5.4	CAUTIVIDAD TECNOLÓGICA	468
<b>7.6</b>	<b>ASPECTOS A REGULAR EN EL CONTRATO DE CLOUD COMPUTING</b>	<b>469</b>
7.6.1	PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL	470
7.6.1.1	<i>Acceso a los ficheros titularidad del cliente por cuenta del prestador</i>	470
7.6.1.2	Transferencia internacional de datos	471
7.6.1.3	Subcontratación de servicios por el prestador	472
7.6.1.4	Ejercicio de derechos por los afectados	472
7.6.2	SEGURIDAD	474
	<b>CONCLUSIONES</b>	<b>475</b>
	<b>BIBLIOGRAFÍA</b>	<b>484</b>
	<b>JURISPRUDENCIA</b>	<b>496</b>
	<b>ABSTRACT &amp; BIBLIOGRAPHY</b>	<b>506</b>

## **Agradecimientos**

El autor desea expresar su agradecimiento sincero al profesor D. Emilio Suñé Llinás por su paciencia y colaboración en la preparación de esta tesis doctoral. Además, manifiesta su agradecimiento especial a D. Fernando Muñiz de Mergelina, cuyo conocimiento de las necesidades e ideas relacionadas con la materia que se trata y su dedicación profesional resultó de enorme utilidad durante la fase inicial de la redacción.

---

## Abreviaturas

### A

AEMeS: Asociación Española para la Gobernanza, la Gestión y la Medición de las Tecnologías de la Información

AEPD: Agencia Española de Protección de Datos

AN: Audiencia Nacional

ANS: Acuerdos de nivel de servicio. Del inglés, *Service Level Agreements*

AP: Audiencia Provincial

API: Interfaz de programación de aplicaciones. Del inglés, *Application Programming Interface*

ASP: Proveedor de servicios de aplicación. Del inglés, *Applications Service Provider*

ASSEMI: Asociación para el estudio de las métricas informáticas. Del francés, *Association pour l'Etude des Métriques Informatiques*

### B

BCR: Reglas corporativas vinculantes. Del inglés, *Binding Corporate Rules*

BPO: Externalización de procesos de negocio. Del inglés, *Business Process Outsourcing*

BOE: Boletín Oficial del Estado

B2B: Relación comercial entre empresas. De inglés, *Business to Business*

B2C: Relación comercial entre empresarios y consumidores. Del inglés, *Business to Consumer*

**C**

CMMI: Integración de modelos de madurez de capacidades. Del inglés, *Capability Maturity Model Integration*

COBIT: Objetivos de control para información y tecnologías relacionadas. Del inglés, *Control Objectives for Information and related Technology*

CPD: Centro de procesamiento de datos

CRM: Administración de la relación con los clientes. Del inglés, *Customer Relationship Management*

CSA: Alianza de Seguridad *Cloud*. Del inglés, *Cloud Security Alliance*

**E**

EEE: Espacio Económico Europeo

e. g.: por ejemplo. Del latín, *exempli gratia*

ETTS: Empresas de Trabajo Temporal

**F**

FSF: Fundación *Software* Libre. Del inglés, Free Software Foundation Inc.

**G**

GNU GPL: Licencia Pública General de GNU. Del inglés, *GNU General Public License*

GUI: Interfaz gráfica de usuario. Del inglés, *graphical user interface*

**I**

i.e.: es decir. Del latín, *id est*

INCIBE: Instituto Nacional de Ciberseguridad

IPC: Índice de precios al consumo

ISO: Organización Internacional de Normalización. Del inglés, *International Organization for Standardization*

IEC: Comisión Electrotécnica Internacional. Del inglés, *International Electrotechnical Commission*

IFPUG: Grupo internacional de usuarios de puntos función. Del inglés, *International Function Point Users Group*

ITIL<sup>®</sup>: Biblioteca de Infraestructuras de tecnologías de la información. Del inglés, *IT Infrastructure Library*

IVA: Impuesto sobre el Valor Añadido

I+D+i: Investigación, desarrollo e innovación.

## **N**

NIST: Instituto Nacional de Normas y Tecnología. Del inglés, *National Institute of Standards and Technology*

nº: número

## **O**

OMPI: Organización Mundial de la Propiedad Intelectual

*op. cit.*: obra citada. Del latín, *opus citatus*

## **P**

PC: Ordenador personal. Del inglés, *personal computer*

PMO: Oficina de gestión de proyectos. Del inglés, *Project Management Office*

p.: página

P2P: Intercambio de archivos entre pares. Del inglés, *peer to peer*

**Q**

QA: Aseguramiento de la calidad. Del inglés, *Quality Assurance*

**R**

RD: Real Decreto

RFI: Petición de información. Del inglés, *Request For Information*

RFP: Petición de ofertas. Del inglés, *Request For Proposals*

RGPD: Registro General de Protección de Datos

**S**

SAP: Sentencia de Audiencia Provincial

SAN: Sentencia de Audiencia Nacional

ss.: siguientes

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

**T**

TC: Tribunal Constitucional

TCE: Tratado de la Comunidad Europea

TIC: Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

**U**

UE: Unión Europea



UPA: Unidad productiva autónoma

UTU-T: Unión Internacional de Telecomunicaciones. Del inglés, *International Telecommunications Union*

## **V**

*vid.*: véase. Del latín, *vide*

*vol.*: volumen

---

## Legislación

### C

CC: Código Civil, de 24 de julio de 1889

CCo: Código de Comercio, de 22 de agosto de 1885

CE: Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978

Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

### D

Decisión 2000/518/CE: Decisión 2000/518/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, relativa al nivel de protección adecuado de los datos personales en Suiza

Decisión 2000/520/CE: Decisión 2000/520/CE de la Comisión, de 26 de julio de 2000, con arreglo a la Directiva 95/46/CE, sobre la adecuación de la protección conferida por los principios de puerto seguro para la protección de la vida privada y las correspondientes preguntas más frecuentes, publicadas por el Departamento de Comercio de Estados Unidos de América

Decisión 2001/497/CE: Decisión 2001/497/CE de la Comisión, de 15 de junio de 2001, relativa a cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a un tercer país previstas en la Directiva 95/46/CE

Decisión 2002/2/CE: Decisión 2002/2/CE de la Comisión, de 20 de diciembre de 2001, sobre la adecuación de la protección de los datos personales conferida por la ley canadiense *Personal Information and Electronic Documents Act*

Decisión 2003/490/CE: Decisión 2003/490/CE de la Comisión, de 30 de junio de 2003, sobre la adecuación de la protección de los datos personales en Argentina

Decisión 2003/821/CE: Decisión 2003/821/CE de la Comisión, de 21 de noviembre de 2003, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en Guernsey

Decisión 2004/411/CE: Decisión 2004/411/CE de la Comisión, de 28 de abril de 2004, relativa al carácter adecuado de la protección de los datos personales en la Isla de Man

Decisión 2004/915/CE: Decisión 2004/915/CE de la Comisión, de 27 de diciembre de 2004, por la que se modifica la Decisión 2001/497/CE

Decisión 2008/393/CE: Decisión 2008/393/CE de la Comisión, de 8 de mayo 2008, relativa a la protección adecuada de los datos personales en Jersey

Decisión 2010/87/UE: Decisión 2010/87/UE de la Comisión, de 5 de febrero de 2010, relativa a las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE

Decisión 2010/146/UE: Decisión 2010/146/UE de la Comisión, de 5 de marzo de 2010, relativa a la protección adecuada dada en la Ley de las Islas Feroe sobre el tratamiento de datos personales

Decisión 2010/625/UE: Decisión 2010/625/UE de la Comisión, de 19 de octubre de 2010, relativa a la adecuada protección de los datos personales en Andorra

Decisión 2011/61/UE: Decisión 2011/61/UE de la Comisión, de 31 de enero de 2011, relativa a la protección adecuada de los datos personales por el Estado de Israel en lo que respecta al tratamiento automatizado de los datos personales

Decisión 2012/484/UE: Decisión 2012/484/UE de la Comisión, de 21 de agosto de 2012, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Uruguay en lo que respecta al tratamiento automatizado

Decisión 2013/65/UE: Decisión 2013/65/UE de la Comisión, de 19 de diciembre de 2012, relativa a la protección adecuada de los datos personales por Nueva Zelanda

Declaración Universal de Derechos Humanos

Directiva 93/83/CEE: Directiva 93/83/CEE del Consejo, de 27 de septiembre de 1993, sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos

de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable

Directiva 95/46/CE: Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos

Directiva 96/9/CE: Directiva 96/9/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos

Directiva 2000/35/CE: Directiva 2000/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de junio de 2000, por la que se establecieron medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

Directiva 2001/23/CE: Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad

Directiva 2001/29/CE: Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información

Directiva 2002/58/CE: Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas

Directiva 2004/18/CE: Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios

Directiva 2004/48/CE: Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual

Directiva 2006/24/CE: Directiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2006, sobre la conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones

Directiva 2008/52/CE: Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles

Directiva 2009/24/CE: Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre la protección jurídica de programas de ordenador

Directiva 2011/77/UE: Directiva 2011/77/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de septiembre de 2011, por la que se modifica la Directiva 2006/116/CE relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines

## **E**

Estatuto de la AEPD: RD 428/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto de la Agencia de Protección de Datos

ET: Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores

## **L**

LCAP: Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, de Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas

LCSP: Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público

LCS: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

Ley de Arbitraje: Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje

Ley de Defensa de la Competencia: Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Ley de Competencia Desleal: Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal

Ley de Mediación: Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles

Ley de Sociedades Mercantiles: Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles

Ley de lucha contra la morosidad: Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales

LEC: Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

LGSS: Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

LGDCU: Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias

Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 19.04.2002. COM (2002), 196 final

LPRL: Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales

LCGC: Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación

Ley de 10 de enero de 1879, de la propiedad intelectual

LO 1/1982: Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen

Ley 22/1987: Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual

Ley 16/1993: Ley 16/1993, de 23 de diciembre, de incorporación al Derecho español de la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre la protección jurídica de programas de ordenador

Ley 19/2006: Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios

Ley 23/2006: Ley 23/2006, de 7 de julio, por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril

Ley 21/2014: Ley 21/2014, de 4 de noviembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil

Ley de ETTS: Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal

Ley de modificación de la Ley de ETTS: Ley 29/1999, de 16 de julio, de Modificación de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las Empresas de Trabajo Temporal

Ley del IVA: Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido

LP: Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes

Ley para la mejora del crecimiento y del empleo: Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo

Ley para la reforma del mercado laboral: Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral

LOPD: Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal

LORTAD: Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

LO 15/2003: Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LO 1/2015: Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal

LPI: Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia

LSC: Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital

Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social: Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social

LSSI: Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico

**R**

RDMS: Real Decreto 994/1999, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de medidas de seguridad de los ficheros automatizados que contengan datos de carácter personal

RD 1332/1994: RD 1332/1994, de 20 de junio, por el que se desarrollan determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de Carácter Personal

RD 171/2004: Real Decreto 171/2004, de 30 de enero, por el que se desarrolla el artículo 24 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, en materia de coordinación de actividades empresariales

Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales

Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas

Reglamento CE/772/2004; Reglamento CE/772/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología

Reglamento del RGPI: Real Decreto 281/2003, de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro General de la Propiedad Intelectual

RLOPD: Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal

RLCAP: Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas



---

## Justificación

El avance tecnológico, la innovación e Internet están cambiando el entorno competitivo empresarial, reduciendo los costes destinados al transporte y la comunicación, facilitando así las relaciones comerciales entre empresas.

La economía mundial se encuentra cada vez más interrelacionada, los mercados se amplían y flexibilizan, la producción se descentraliza y las empresas tratan de hacer frente a la creciente competencia mediante alianzas y fusiones. Ello ha provocado la aparición de un nuevo modelo organizativo, denominado Nueva Economía. Esta realidad, intrínsecamente unida al fenómeno de la globalización económica y a los nuevos progresos en tecnología, fue concebida a mediados de los años 90 para describir la evolución de una economía basada principalmente en la fabricación y la industria a una economía basada en el conocimiento y la innovación dentro del proceso productivo. Internet es el sistema de organización en la Nueva Economía y, en los mercados financieros, se ha asociado al auge de las empresas punto-com. La Nueva Economía nace como resultado de la conjunción de tres factores: (i) la emergencia y proliferación de bienes intangibles -e. g. ideas, información y relaciones-; (ii) la creciente interconexión de los sujetos y bienes económicos a través de las redes de telecomunicaciones e Internet; y (iii) la globalización de la economía<sup>1</sup> como consecuencia de las nuevas tecnologías y la liberalización de los mercados.

La informática puede ser considerada como uno de los avances científicos de mayor relevancia en el siglo XX. Su expansión a las corporaciones y a los ciudadanos ha supuesto, sin lugar a duda, un enorme impacto en la sociedad. La

---

<sup>1</sup> BANEGAS NÚÑEZ, J. "El planeta Internet: la economía interconectada" en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A. y ILLESCAS, R. (Coor.), editorial La Ley, Madrid, 2002, p. 65.

innovación y los cambios tecnológicos que surgen cada día, en ocasiones, disruptivos, hace necesario realizar adaptaciones en las leyes para poder afrontar con ciertas garantías los nuevos retos que se plantean. Ello ha obligado al Derecho y a los juristas a tomar conciencia de la necesidad de su regulación. En este sentido, la legislación civil y mercantil moderna ha tenido que adaptarse para ordenar jurídicamente las nuevas formas de comercialización de productos y servicios. También los Tribunales han tenido que prestar una mayor atención a determinados aspectos relacionados con la informática, para evitar que proliferen prácticas incorrectas debido, entre otras razones, a la posición de desigualdad en la que habitualmente se encuentran los contratantes. Para E. DEL PESO, la informática entendida en un sentido amplio, como TIC, se habrá convertido en un servicio más que, como otros, vienen prestando en la actualidad compañías externas a las empresas, como el teléfono o la electricidad<sup>2</sup>.

Lo anterior supone el origen del Derecho Informático o Derecho de las Nuevas Tecnologías, entendido como aquella disciplina que se ocupa de la regulación jurídica de la informática en sus distintas vertientes<sup>3</sup>. Su principal característica es lo que algunos autores han denominado «carácter transversal»<sup>4</sup> por ser interdisciplinario, ya que afecta a todas las áreas reguladas jurídicamente<sup>5</sup>, introduciendo nuevos retos y obligando a revisar determinados conceptos que se encontraban tradicionalmente asentados. A. E. PÉREZ entiende que el Derecho Informático posee actualmente todos los elementos para poder ser considerado un Derecho autónomo -cuenta con objeto propio, una metodología específica y un

---

<sup>2</sup> DEL PESO NAVARRO, E. *Manual de outsourcing informático*, edición 2ª, editorial Díaz de Santos, Madrid, 2003, p. 10.

<sup>3</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información*, editorial Comares, Granada, 2002, pp. 1-13.

<sup>4</sup> LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y GARCÍA DELGADO, S. *Situación del Derecho Informático en España y Europa: algunas consideraciones*. Informática y Derecho, Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, vol. I, UNED-Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994, p. 648.

<sup>5</sup> AZPILCUETA, H. T. *Derecho informático*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, p. 37.

sistema de fuentes-, al igual que ocurre, por ejemplo con el Derecho Comunitario , el Derecho Urbanístico o el Derecho del Consumo<sup>6</sup>.

Unas de las materias jurídicas afectada por la informática ha sido la contractual. La contratación informática puede entenderse como aquella en la que una de las partes pone a disposición de la contraparte un bien informático -e. g. equipos físicos o aplicaciones informáticas- y/o le presta un servicio informático -e. g. desarrollo de una aplicación informática- mediando, normalmente, una contraprestación económica. La contratación informática aparece hoy día como un instrumento esencial para la gestión de la información y los procesos de las empresas, ayudando a estas a incrementar su competitividad. V. CARRASCOSA, M<sup>a</sup>. A. POZO y E. P. RODRÍGUEZ entienden la contratación informática como una vía básica de entendimiento del fenómeno global de la informática<sup>7</sup>. F. TERRADO considera los contratos informáticos a aquellos en que la prestación de una de las partes consista en la obligación positiva de prestar un servicio informático<sup>8</sup>. Diversos autores entienden que el contrato informático será aquel cuyo objeto es una prestación informática o en el que una de las prestaciones de las partes tiene por objeto un bien o servicio informático, puesto que el objeto inmediato de un contrato es la creación de obligaciones que, a su vez, tendrán un objeto -un bien o un servicio-, siendo este objeto mediato<sup>9</sup>. La constante innovación que experimentan las tecnologías de la información ha influido, de forma decisiva, en la forma de contratar bienes y servicios relacionados con la informática. Si bien la

---

<sup>6</sup> PÉREZ LUÑO, A. E. *Manual de Informática y Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1996, pp. 18-22.

<sup>7</sup> CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, M<sup>a</sup>. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. *La contratación informática. El nuevo horizonte contractual*, editorial Comares, Granada, 1997, p. 95.

<sup>8</sup> TERRADO SÁNCHEZ, F. *Contratación informática: Bases de datos* en VIII Encuentros sobre Informática y Derecho, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), editorial Aranzadi, Madrid, 1994-1995, p. 162.

<sup>9</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Derecho de Obligaciones, editorial Reus, 1992, p. 632. Y GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C. *Estructura y función del tipo contractual*, editorial Bosch, 1979, p. 274-275.

contratación informática no supone una revolución desmesurada respecto a los criterios de la contratación tradicional, sí ha provocado un cambio en cuestiones como el objeto de la contratación, la protección de datos de carácter personal, la propiedad intelectual, los aspectos laborales, etc., que obligan a realizar un esfuerzo para entender y regular esta nueva realidad.

El presente trabajo se centra en la descentralización productiva de los sistemas de información como estrategia empresarial, también conocida como *outsourcing* tecnológico -en inglés, *IT outsourcing*, en adelante, «*outsourcing*» o «externalización de servicios tecnológicos»-. A través de esta fórmula, cada día más habitual entre las medianas y grandes corporaciones, los clientes consiguen alcanzar considerables ahorros y disponer de tecnología punta pudiendo, al mismo tiempo, centrarse en su *core business*<sup>10</sup>. Ciertamente en la actualidad es posible acceder a abundante información sobre las experiencias adquiridas por las corporaciones que se han visto involucradas en procesos de *outsourcing*, lo que permite conocer los principales problemas u obstáculos a los que han tenido que enfrentarse en las distintas fases del servicio, así como las fórmulas utilizadas para evitarlos o mitigarlos.

La presente investigación no pretende retomar desde su inicio la historia del *outsourcing*, ni tan siquiera profundizar de manera particular en el desarrollo o evolución del mismo, sino mencionar y describir de una manera general los principales aspectos que caracterizan a esta tipología de descentralización productiva en el ámbito de la empresa privada en España -dejando a un lado, como objeto del presente trabajo, a las entidades de derecho público<sup>11</sup>-, así como

---

<sup>10</sup> El *core business* lo conforman las competencias estratégicas, únicas y particulares de una organización, que le permiten distinguirse de las demás.

<sup>11</sup> Sin perjuicio de ello, se puede decir que las reflexiones que se hacen a lo largo de este trabajo son igualmente válidas, *mutatis mutandis*, para los contratos en los que el cliente sea una entidad pública.

proporcionar una base de conocimiento sobre su gestión. A pesar de los aspectos técnicos que pudieran mencionarse, el enfoque está dirigido a los elementos jurídicos de esta figura, haciendo especial hincapié en aquellos considerados de relevancia.

Con este trabajo se pretende, desde una posición humilde, un doble objetivo. Por un lado, aportar un cierto grado de conocimiento sobre el *outsourcing* desde un punto de vista jurídico y plantear soluciones a alguno de los retos o problemas que se han detectado durante la investigación y que, en ocasiones, no han sido tratados con el requerido detalle por la doctrina española. Y, por otro lado, incentivar reflexiones que aporten valor a la disciplina del Derecho Informático y, de forma concreta, al *outsourcing*. Todo ello sin perder en ningún momento de vista la implicación práctica de las soluciones y reflexiones que se plantean, pero sin olvidar ni la perspectiva teórica ni el encuadramiento legislativo.

El interés primordial por conocer y analizar la temática jurídica sobre el *outsourcing* se debe al auge que ha tenido esta figura hasta nuestros días y el que se espera a medio plazo, con las inevitables consecuencias de regulación en Derecho que de ello se derivan. El análisis jurídico de esta novedosa modalidad de contratación informática se considera esencial por el impacto, tanto económico como social, que sus conclusiones puedan reflejar.

El presente trabajo, de naturaleza eminentemente jurídica, se estructura por Capítulos, cada uno de ellos centrado en un aspecto concreto del *outsourcing*, según se describe a continuación.

Al inicio del presente trabajo, en el Capítulo 1, se analizan los antecedentes, caracteres y modalidades del *outsourcing*. Adicionalmente, se revisan las ventajas e inconvenientes de la externalización a un tercero de los sistemas de información de una empresa y se recomiendan, con una visión general, las fases por las que

debiera discurrir la contratación de estos servicios, incluyendo la identificación de necesidades, selección del prestador, negociación, contratación y prestación del servicio así como la finalización ordenada del mismo.

En el Capítulo 2 se abordan los aspectos generales de Derecho privado relacionados con el *outsourcing*, analizando su naturaleza jurídica y legislación aplicable. *A posteriori*, se realiza una alusión a los documentos que, con carácter previo a la formalización del contrato de *outsourcing*, puede ser conveniente perfeccionar. Sin embargo, el aspecto fundamental que se revisa en este Capítulo es el referido a las cláusulas contractuales a incluir en un contrato de *outsourcing*, desgranando cada una de ellas desde un punto de vista doctrinal y jurisprudencial pero sin dejar de lado las recomendaciones que, desde una perspectiva práctica, deberán ser tomadas en consideración por los contratantes. Y ello debido a que la experiencia dice que, a pesar de la buena fe de las partes involucradas, durante la negociación de las citadas cláusulas aparecerán dudas, obligaciones, riesgos y otros aspectos inherentes a la relación entre ambas sobre los que será necesario cerrar un acuerdo con carácter previo al inicio de los servicios. El contrato servirá, asimismo, como guía para la negociación y, durante la ejecución de los servicios, ayudará a las partes a recuperar los acuerdos alcanzados y a solventar algunos de los conflictos que pudieran acaecer durante la vigencia de la relación negocial. La planificación, redacción y negociación de este documento, por tanto, no deberá ser tratado como un elemento separado o ajeno a la realidad del negocio o de las relaciones comerciales entre las partes sino, más al contrario, como parte integrante de estas. Para finalizar, se realiza un estudio de los procesos de mediación y arbitraje como alternativas válidas en nuestro ordenamiento jurídico para la solución extrajudicial de conflictos.

Seguidamente, en el Capítulo 3 se estudian los aspectos laborales que pudieran derivarse de un proceso de *outsourcing*. Las ventajas y desventajas, desde un punto de vista laboral, que pueden derivarse del mismo y la normativa

que le resultará de aplicación son algunos de los aspectos que se cubren. A continuación se realiza un estudio jurídico pormenorizado de las figuras de la contrata y la subcontrata. Tras analizar los requisitos para llevar a cabo una cesión lícita de trabajadores entre prestador y cliente, se revisa la transferencia de una unidad productiva autónoma como proceso de cesión de personal del cliente al prestador, habitual en los procesos de *outsourcing* de cierta complejidad.

El Capítulo 4 está dedicado a la protección de datos de carácter personal. Extraño será el supuesto en el que una relación negocial de *outsourcing* no implique el tratamiento de datos personales de los ficheros titularidad del cliente por parte del prestador. Por ello, se hace un repaso de la normativa aplicable y los principios que deben observarse en toda operación cesión y tratamiento de datos personales. Así mismo, se recomiendan los aspectos a regular en el seno de contrato de *outsourcing* y, de forma especial, se estudian las características y requisitos para llevar a cabo una transferencia internacional de datos con garantías.

Los aspectos jurídicos a tomar en consideración en relación a la propiedad intelectual constituye el objeto del Capítulo 5. Desde un punto de vista doctrinal pero muy orientado a sus implicaciones en el *outsourcing* y en el *software*, los diferentes apartados incluidos en este Capítulo analizan aspectos tales como el concepto de obra y su titularidad, las facultades del autor sobre su obra, la transmisión de los derechos de explotación, etc. Es fundamental conocer la forma más apropiada para proteger activos tales como metodologías, esquemas, manuales o *software* así como revisar los pormenores de la licencia y cesión de los derechos de explotación sobre este último. Igualmente, se revisan la inscripción registral y el depósito notarial como mecanismos para la protección de los derechos de propiedad intelectual. Por último, se aporta un análisis de las acciones y procedimientos que pone a disposición del titular de derechos de explotación nuestro ordenamiento jurídico en el supuesto que un tercero infrinja sus derechos.

A la postre, en el Capítulo 6 se analiza uno de los aspectos más relevantes a regular en un contrato de *outsourcing*: la responsabilidad civil que pudiera derivarse de la prestación del servicio. Se realiza un repaso de los aspectos generales de la responsabilidad civil, tanto en su vertiente contractual como extracontractual, así como los procedimientos que dispone la normativa para la reparación del daño. Adicionalmente, se estudia el seguro de responsabilidad civil como figura que aporta cobertura económica al asegurado en el supuesto que este ocasione un daño. Por último, como práctica habitual a incluir en el documento contractual, se hace especial hincapié en la cláusula restrictiva de la responsabilidad civil, con la que se pretende la exoneración total o parcial de responsabilidad, revisando, entre otros aspectos, su concepto, ámbito de aplicación, límites y eficacia.

Finalmente, en el Capítulo 7 se realiza un análisis del fenómeno del *cloud computing* como evolución del *outsourcing* y nuevo modelo de prestación de servicios relacionados con los sistemas de información. De este nuevo fenómeno de externalización de los sistemas de información de las empresas, se revisan su concepto y características, así como las modalidades de prestación más comunes. Junto a lo anterior, se informa sobre las medidas que no deben dejar de tomarse en consideración para evitar o mitigar riesgos que pudieran surgir relacionados, entre otros aspectos, con la privacidad, confidencialidad y seguridad de los datos personales así como con la información sensible de la empresa beneficiaria de los servicios. Por último, se comentan las particularidades del contrato que regula la prestación de esta tipología de servicios informáticos.

El presente trabajo analiza, en definitiva, las implicaciones jurídicas de las operaciones de *outsourcing* llevadas a cabo por las empresas de conformidad al ordenamiento jurídico español.



# 1 INTRODUCCIÓN AL *OUTSOURCING*

## 1.1 Antecedentes

La globalización económica ha supuesto innumerables cambios en la actividad empresarial. El proceso comenzó en los sectores industriales que basaban su modelo de negocio en la organización de procesos productivos con abundante personal, buscando para sus factorías aquellas localizaciones que le aportasen mano de obra cualificada suficiente, a un coste inferior. El sector de las TIC no ha sido ajeno a esta evolución. La tecnología ha propiciado un gran avance para el desarrollo del negocio de empresas de los sectores público y privado.

La elevada competencia en el entorno global actual hace cada vez más aconsejable la formalización de alianzas estratégicas entre empresas para alcanzar un conjunto de intereses individuales y comunes en base a la aportación de recursos productivos propios que mejoren el proceso productivo común. De esta forma, las empresas que componen la alianza comparten ciertos objetivos que constituyen los intereses comunes, pero a la vez, cada una de las empresas involucradas mantiene su soberanía, por lo que pueden tener sus propios intereses privados. Asimismo, se combinan recursos -evitando cada parte invertir en los activos y el valor añadido que la otra aporta- para efectuar sus actividades de forma más eficiente o emprender nuevas actividades con el propósito de alcanzar los objetivos para la cual se formalizó la alianza. Entre los objetivos por los que se crean alianzas estratégicas entre varias empresas pueden enunciarse los siguientes: reducir costes y obtener economías de escala para así ser más competitivas frente a otros actores en el mercado, conseguir acceso a nuevos mercados y a nuevas tecnologías, incrementar la capacidad de desarrollo, etc. Sin embargo, es igualmente relevante conocer que las alianzas pueden entrañar dificultades para las empresas que las componen, debido principalmente a las diferencias culturales, organizacionales, operativas y estratégicas que cada una de

ellas posee. Por ello, es necesario prestar atención a aspectos tales como la elección de los socios que formarán parte de la alianza y la relación con estos, el diseño de la alianza así como posibles cambios de circunstancias que pudieran impactar en esta. El *outsourcing* es un ejemplo claro de una alianza tecnológica.

A pesar que, en origen, el *outsourcing* no se encontraba asociado al ámbito de la tecnología, la relevancia que ha adquirido la externalización de los servicios tecnológicos a nivel mundial hace que hoy día pueda afirmarse que cuando se habla de *outsourcing* este suele ir vinculado, en su mayor parte, al área de tecnología.

La externalización de estos servicios no es materia de reciente aparición. En los años setenta las grandes corporaciones de los sectores público y privado invertían importantes cantidades de capital en la adquisición o el arrendamiento de equipamiento informático y la contratación de expertos que se ocupaban de la operación y el mantenimiento de este. Así, los grandes contratos relacionados con el procesamiento de datos se formalizaban con los fabricantes de *hardware*, estando el *software* previamente instalado en las máquinas que se adquirían de estos. Desde finales de los años ochenta, principalmente en Estados Unidos, el interés en el área de tecnología derivó en el desarrollo de aplicaciones informáticas a medida, lo que supuso un gran impulso para el *outsourcing*<sup>12</sup>. Fue en esta década cuando emergió la informática como factor diferenciador para la competitividad de

---

<sup>12</sup> Un ejemplo de ello fue la externalización de servicios tecnológicos que llevó a cabo la compañía americana Eastman Kodak Co. como respuesta a la situación de crisis por la que pasaba. En 1989 decidió externalizar sus operaciones de procesamiento de datos, sus servicios de telecomunicaciones y el soporte de sus ordenadores. Desde la formalización de este contrato, el *outsourcing* emergió como un método atractivo para gestionar los sistemas de información de las empresas. APPLGATE, L. M. y MONTEALEGRE, R. *Eastman Kodak: Managing Information Systems Through Strategic Alliances*, Harvard Business School, Boston, MA, 1991 y LOH, L. y VENKATRAMAN, N. *Diffusion of Information Technology Outsourcing: Influence Sources and The Kodak Effect*, Information Systems Research, 3 (4), 1992, pp. 334-358.

las empresas y, en paralelo, el *outsourcing* como fórmula para que las PYMES<sup>13</sup> se pudieran beneficiar de sus ventajas sin realizar grandes inversiones.

Aunque existen ejemplos de grandes contratos de *outsourcing*, como la contratación por Schweppes a The International Business Machines Corp. - comúnmente conocida como IBM- en 1992, fue a partir de 1996 cuando se produjo la explosión de este tipo de relaciones comerciales, impulsadas, entre otras causas, por la cada vez mayor complejidad de los sistemas de información que demandaba la actividad empresarial, por la liberalización del mercado de las telecomunicaciones<sup>14</sup> y por la globalización de la economía europea. La década de los noventa fue el momento en el que el *outsourcing* despegó en España.

Durante este tiempo, las empresas han probado a externalizar sus respectivas áreas de tecnología con distintos prestadores y a retomarlas internamente una vez finalizada la relación contractual<sup>15</sup>. Los pioneros se toparon

---

<sup>13</sup> PYME es un acrónimo que aglutina a las microempresas, así como a las pequeñas y medianas empresas. Estas desempeñan un papel central en la economía europea, siendo una fuente esencial de capacidades empresariales, innovación y empleo. Según la Recomendación de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, se considera mediana empresa aquella que tiene menos de 250 empleados, un volumen de negocio no superior a 50 millones de euros y un balance general no superior a los 43 millones de euros. Seguidamente, se considera pequeña empresa aquella que tiene menos de 50 empleados, un volumen de negocio no superior a 10 millones de euros y un balance general no superior a los 10 millones de euros. Por último, la microempresa será aquella que tiene menos de 10 empleados, un volumen de negocio no superior a 5 millones de euros y un balance general no superior a los 2 millones de euros.

<sup>14</sup> La liberalización del sector de las telecomunicaciones en la UE concluyó definitivamente en 1998, debido a un cúmulo de medidas regulatorias y de aplicación de las reglas de competencia. El fin de los monopolios nacionales trajo consigo una disminución de los precios para los consumidores y el auge de la telefonía móvil, que hoy día supone una herramienta de comunicación casi imprescindible al alcance de la mayoría de los ciudadanos. La liberalización del sector y la llegada de nuevas tecnologías también propiciaron un abanico más amplio de los servicios a los consumidores tales como el acceso a Internet, el comercio electrónico y, recientemente, la llamada cuarta generación de teléfonos móviles que permiten utilizar servicios de Internet, audio, vídeo y una amplia gama de servicios adicionales con calidad y velocidad elevadas.

<sup>15</sup> Sainsbury's, Cable & Wireless y JPMorgan Chase fueron algunas de las compañías que decidieron resolver anticipadamente sus respectivos contratos de *outsourcing*, asumiendo el

con el obstáculo, esencialmente cultural, de dejar en manos de un tercero elementos tan críticos del negocio como son las comunicaciones y la tecnología. Ciertamente, hay determinados elementos del *outsourcing* que resultan incómodos de externalizar para el cliente, pudiendo resaltarse, a título enunciativo, los siguientes: el acceso del prestador a los sistemas que soportan la estrategia del cliente y que contienen información comercialmente sensible y esencial para su negocio, la gestión de los derechos de propiedad intelectual que se genera durante la relación contractual, la posible transferencia de personal, cesión de las infraestructuras y otros activos del cliente al prestador, el riesgo del cliente de permanecer inevitablemente vinculado al prestador inicialmente escogido a pesar de haber transcurrido el periodo inicial acordado debido a la dificultad e impacto que supone el cambio de un prestador por otro, etc.

Tras varias experiencias, los receptores de los servicios han ido adquiriendo el conocimiento de los aspectos esenciales para evaluar las propuestas que reciben y para la negociación del contrato que regirá la relación. Por su parte, los prestadores se han especializado en mercados y tecnologías, siendo la externalización de procesos de negocio y el *outsourcing* transformacional los modelos de servicios cada vez más habituales. En el Capítulo 2 se explica en detalle cada una de estas tipologías.

La posibilidad de una terminación anticipada del contrato por conveniencia o la imposición de penalizaciones al prestador por incumplimiento de los indicadores de calidad de los servicios han sido factores determinantes para que el mercado, finalmente, confiase en estas de alianzas tecnológicas. Por este y otros motivos es tan importante la correcta negociación de los derechos y obligaciones incluidos en el contrato de *outsourcing*, tal y como se analiza en el Capítulo 3.

---

servicio internamente una vez finalizada la prestación del mismo (proceso conocido, en inglés, como *in-house*).

En los últimos años, se está observando un cierto desgaste en el esquema de relación de mercado entre clientes y prestadores en el sector TIC<sup>16</sup>. Los clientes tienen la sensación que se está produciendo una pérdida de valor en el sector. En ciertas ocasiones, reciben propuestas atractivas únicamente sobre el papel pero inviables desde el punto de vista técnico y/o económico. En otras, se les ofrecen soluciones generalistas o empaquetadas y un catálogo de servicios sin diferenciación que no se ajustan a las necesidades concretas que los clientes demandan. Estos síntomas se están materializando en problemas tangibles que afectan tanto al negocio como a la operativa de trabajo de prestadores y clientes: importantes desviaciones económicas, inadecuación de los servicios a los objetivos iniciales, incumplimiento de expectativas y compromisos, competitividad agresiva en tarifas con el consecuente impacto negativo en la calidad, etc.

Sin embargo, no puede discutirse que se está ante un mercado maduro: en el año 2011, el mercado mundial de *outsourcing* generó un volumen de negocio estimado en 246.600 millones de dólares, un 7,8% superior a las cifras alcanzadas en 2010<sup>17</sup>. Este crecimiento ha tenido como causas principales la prestación de servicios en modalidad *off-shore*<sup>18</sup> a países como India, Argentina, Chile, etc., así como la popularidad adquirida recientemente por el *cloud computing*, fenómeno que se analiza más adelante en el Capítulo 7.

Como consecuencia de la proliferación de estos servicios y para hacer frente a la agresiva competencia existente en el mercado, los prestadores de estos servicios externalizados se han visto obligados a presentar a los clientes más valor

---

<sup>16</sup> *Libro Blanco de buenas prácticas en el mercado de la Consultoría*, Asociación Española de Empresas de Consultoría, Fundación Confemetal, Madrid, 2008, pp. 30 y ss.

<sup>17</sup> Market Share Analysis: IT Outsourcing Services, Worldwide, 2011, Gartner, abril 2012.

<sup>18</sup> Esta tipología de prestación de servicio implica, como se estudia más adelante, que su ejecución se realiza desde los centros de servicio del prestador situados en un país diferente y, normalmente, alejado de aquel donde el cliente tiene su domicilio social.

añadido a precios ajustados. Para ello disponen de centros especializados de desarrollo de *software*, con personal altamente cualificado y a un coste reducido, donde se atienden de forma centralizada servicios de desarrollo y soporte a aplicaciones informáticas, de atención de usuarios, etc. Junto a ello, nuevas tecnologías tales como la virtualización<sup>19</sup> o los sistemas automatizados, facilitan a los prestadores la creación de economías de escala que trasladan a sus clientes.

---

## 1.2 Concepto de *outsourcing*

La externalización de servicios se presenta como referente de la economía moderna, caracterizada por la competitividad, la globalización de los mercados y un vertiginoso avance tecnológico. Se trata de un proceso fácilmente extrapolable a cualquier servicio de una empresa -e. g. asesoramiento jurídico, limpieza, seguridad y procesos de negocio que puedan ser ejecutados por un tercero-, integrándose el servicio en el proceso productivo de la empresa contratante. En otras palabras, la externalización de servicios constituye un sistema de descentralización productiva en que el empresario decide desplazar o relocalizar una parte de la actividad productiva de la empresa -en principio, tareas accesorias a la consecución de su objeto social- hacia un agente económico especializado para que este las realice de forma más eficiente desde un punto de vista técnico y económico<sup>20</sup>. A través de la externalización de servicios, el cliente persigue mejorar el rendimiento que anteriormente recibía de su personal interno, asegurándose recibir del prestador un

---

<sup>19</sup> La virtualización es un método informático consistente en dividir un servidor físico en múltiples servidores ficticios o virtuales. De esta forma se le da a cada servidor virtual el aspecto y la capacidad de estar funcionando en su propia máquina dedicada y se puede equilibrar los recursos físicos entre los servidores virtuales en función de la demanda de cada uno de ellos.

<sup>20</sup> KAHALE CARRILLO, D. T. *Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 39, editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2011, p. 46; GRANDA, F. E. y SMOLJE, A. R. *Outsourcing: herramientas para el análisis económico y estratégico*, Costos y Gestión, nº 25, IAPUCO, 1997, p. 58.

nivel de calidad acordado previamente, una eficiencia en los costes y una gestión de la externalización bajo las premisas de flexibilidad y control.

El término *outsourcing* deriva de los términos anglosajones *out* y *source*, en castellano «fuera» y «fuente» respectivamente. Como claramente se puede intuir, este término se ha trasladado tal cual a los sistemas continentales, al igual que ha ocurrido con otros muchos términos utilizados en el ámbito tecnológico. Como ejemplos pueden indicarse el contrato de *escrow* o acuerdo de depósito de código fuente, el contrato *click-wrap* o acuerdo por el que el licenciante solicita la aceptación de la licencia al licenciatarario durante la descarga y/o instalación del *software* o la licencia *shrink-wrap* o de uso no personalizado, etc.

M. A. DAVARA define el *outsourcing* informático como «[...] la cesión de la gestión de los sistemas de información de una entidad a un tercero que, especializado en este área, se integra en la toma de decisiones y desarrollo de las aplicaciones y actividades propias de la referida gestión, con la finalidad de la optimización de los resultados de la misma, al tiempo que permite a la entidad el acceso a nuevas tecnologías y la utilización de recursos especializados de los que no dispone»<sup>21</sup>..

Lo anterior permite al cliente recibir un servicio de calidad difícil de alcanzar de otro modo y enfocarse en mejorar las actividades que forman su negocio central o *core business* para conseguir ventajas respecto a sus competidores en el mercado.

---

<sup>21</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. *Manual de Derecho Informático*, edición 10ª, editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2008, p. 278.

El *outsourcing* es entendido por la doctrina como una subcontratación de los servicios informáticos de una empresa<sup>22</sup>. Sin embargo, conviene precisar que el concepto de *outsourcing*, en sentido estricto, no se debe equiparar a una mera subcontratación de servicios. En esta última el cliente es propietario del proceso y lo controla, dedicándose el prestador a seguir las indicaciones del cliente sobre cómo ejecutar los servicios subcontratados sin tener la facultad de variar las especificaciones o directrices que recibe. En una relación de *outsourcing*, por el contrario, el prestador será el responsable de determinar la forma más idónea para cumplir con los compromisos de servicio adquiridos con el cliente.

El TS define el proceso de *outsourcing* como la prestación por un tercero de servicios de información basados en la técnica de la información, asumiendo el prestador prácticamente todas las actividades informáticas necesarias para el mantenimiento de la actividad del cliente y reconoce la licitud de la descentralización productiva, al no contener el marco normativo español ninguna prohibición general que impida al empresario acudir a la contratación externa para constituir su actividad productiva<sup>23</sup>. De conformidad con el ordenamiento jurídico español no existe ninguna prohibición que impida hacer uso del *outsourcing* como estrategia empresarial. Y ello debido a la libertad de empresa recogida en el

---

<sup>22</sup> Entre otros autores, *vid.* CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>. R. *Consideraciones jurídicas del contrato de outsourcing* en Encuentros sobre Informática y Derecho, 1997-1998, ICADE, editorial Aranzadi, Madrid, 1998, pp. 261-267; LAFUENTE, J. J. *La contratación de los servicios informáticos: análisis de riesgos en el outsourcing*, Auditoría Interna, n<sup>o</sup> 38, mayo-agosto 1994, p. 16; LACITY, M. C. y HIRSCHHEIM, R. *Subcontratación de los sistemas de información: mitos y realidades*, Deusto Business Review, editorial Deusto, n<sup>o</sup> 59, 1/1994, p. 87; FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A. y DOLZ DEL CASTELLAR, C. *Outsourcing. Una solución de gestión* en Ponencias de las XVI Jornadas JIAL, Editorial Diputación de Salamanca, Salamanca, 1994, pp. 261-271; MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA, J. y RAJÓN SUÁREZ, E. *El contrato de outsourcing informático* en Jornada sobre los contratos informáticos y su auditoría jurídica, IFE, Madrid, 1996; QUINTÁS, J. R. *Tecnología y banca minorista en la década de los noventa* en Papeles de Economía Española, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, n<sup>o</sup> 47, 1991, pp. 80-84.

<sup>23</sup> STS de 27 de octubre de 1994.



artículo 38 CE<sup>24</sup>, precepto ubicado en la Sección 2.<sup>a</sup> del Capítulo II del Título I, «los derechos y deberes de los ciudadanos». En cuanto derecho fundamental expresamente reconocido por la CE, la libertad de empresa tiene un contenido esencial cuyos perfiles corresponde determinar al TC<sup>25</sup>. Este órgano jurisdiccional entiende la libertad de empresa como el derecho «de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial. De esta manera, si la Constitución garantiza el inicio y mantenimiento de la actividad empresarial en libertad, ello entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado. Actividad empresarial que, por fundamentarse en una libertad constitucionalmente garantizada, ha de ejercerse en condiciones de igualdad pero también con plena sujeción a la normativa sobre ordenación del mercado y de la actividad económica general»<sup>26</sup>. Es decir, el derecho a la libertad de empresa presupone tres libertades distintas, que se describen someramente: (i) libertad de acceso al mercado en condiciones de igualdad, permitiendo a cualquier agente económico, público o privado, iniciar cualquier tipo de actividad económica legalmente permitida, proyectándose sobre cualquier sector de la economía; (ii) libertad de permanencia en el mercado, otorgando al empresario plena libertad para proceder a la organización interna y externa de su empresa<sup>27</sup>, así como al modo de realización de su actividad económica, respetando en cualquier caso la ordenación jurídica existente; y (iii)

---

<sup>24</sup> PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. “Artículo 38”, en CASAS BAAMONDE M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008, pp. 980-1.000.

<sup>25</sup> STC 37/1981 de 16 de noviembre.

<sup>26</sup> STC 84/1993, de 8 de marzo.

<sup>27</sup> Así, las empresas pueden externalizar parte de sus actividades usando para ello contratas y subcontratas de obras y servicios, según se recoge en el artículo 42 ET. Ello se analiza, con posterioridad, en el Capítulo 3.

libertad de cesación o de salida del mercado en cualquier momento, permitiendo al empresario dejar de desarrollar la actividad empresarial llevada a cabo.

---

### 1.3 Características del *outsourcing*

La tecnología es el eje principal sobre el que gira el *outsourcing*. Tomando en consideración el valor añadido que esta aporta al cliente en un mercado global como el actual, el cliente deberá gestionar el proceso de externalización con la cautela debida. Según la definición dada previamente del *outsourcing*, y sin perjuicio de la naturaleza mercantil de este tipo de contratos que se analiza en detalle en el Capítulo 2, a continuación se describen las características principales que pueden asociarse a cualquier proceso de externalización servicios de tecnología: relación negocial B2B, *intuitu personae* y *tracto sucesivo*.

En primer lugar, se trata de una relación B2B, que, como tal, debe quedar enmarcada en una relación contractual que vincule al prestador de servicios y a su cliente<sup>28</sup>. El hecho de que la relación de *outsourcing* sea B2B y no B2C tiene una consecuencia fundamental: mientras que en las relaciones B2C el consumidor, por lo general, habrá de adherirse a unas condiciones generales de contratación establecidas por el prestador, en el marco de una relación B2B será el prestador el que, normalmente, deba amoldarse en cada caso a las necesidades específicas de

---

<sup>28</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores, editorial Tecnos, 1987, pp. 129-130. Teniendo en cuenta que ambas partes son empresarios y que, por regla general, los servicios de los sistemas de información que se externalizan se integran en los procesos de producción del cliente, no resultará de aplicación a la relación negocial de *outsourcing* la normativa protectora de los derechos de los consumidores y usuarios. En este sentido, *vid.* artículo 2 LGDCU en su relación con los artículos 3 y 4 de la misma norma. Sin embargo, a pesar que esta protección deriva de las garantías otorgadas a los consumidores y usuarios en virtud del artículo 51 CE para proteger sus legítimos intereses económicos, también puede suponer importantes desequilibrios cuando el cliente es una empresa pequeña a la que no le aplica la protección de la LGDCU -para la que el *outsourcing* engloba servicios desconocidos por ella, ajenos a su actividad- y el prestador es una gran corporación, por el escaso poder negociador de la primera.

su cliente. Es decir, mientras que el poder de mercado en el ámbito minorista está en manos del prestador -sin entrar a profundizar en la influencia que los consumidores, como colectivo, pudieran imponer-, en las relaciones profesionales entre empresas será el cliente el que disponga de la fuerza para establecer, dentro de los límites que marca toda negociación, el servicio concreto que exige recibir del prestador. En relación al prestador, este deberá ser una entidad jurídicamente separada del cliente, siendo irrelevante que pertenezca o no a su grupo empresarial. De hecho, el cliente tiene la posibilidad de elegir entre diferentes estrategias: (i) constituir una sociedad *ad hoc* para que le preste los servicios; (ii) participar accionarialmente en la sociedad que le presta el servicio -también conocido como *cosourcing*<sup>29</sup>; o (iii) segregar su departamento informático para que sea este el que le proporcione el servicio. En cualquiera de los supuestos mencionados, la empresa que presta los servicios al cliente podrá también proporcionar servicio al mercado en general si así se desea. De esta forma, el cliente puede ser más competitivo optimizando el uso de sus recursos internos. Adicionalmente, tiene más control y seguimiento del proceso, la productividad y todo lo relacionado con las funciones que desarrollará el prestador. Como desventaja, es probable que al cliente le resulte más complicado disfrutar de los beneficios que aportan las grandes multinacionales con motivo de su elevada especialización y economías de escala.

En segundo lugar, para que el servicio funcione, es necesario que exista una relación negocial basada en la confianza mutua entre cliente y prestador. Pero ello no implica una auténtica asociación o *partnership* entre ambas partes desde un punto de vista jurídico -a pesar de que comercialmente se utilice este término<sup>30</sup>. Y

---

<sup>29</sup> Si se opta por un *cosourcing* es importante que, como consecuencia de la participación del cliente en el accionariado de la sociedad prestadora del servicio, no se relaje la relación entre los contratantes; esto es, que las partes no dejen de articular contractualmente los derechos y obligaciones de ambas en lo que a la operación de externalización se refiere.

<sup>30</sup> Salvo en los supuestos de *cosourcing*, en los que el cliente participa accionarialmente en sociedad prestadora del servicio.

ello porque rara vez el prestador participa en las pérdidas o beneficios obtenidos por el cliente. De hecho, la contraprestación económica que recibirá será la pactada en el contrato -exigiendo el prestador el cobro de la misma a pesar que el cliente no hubiera conseguido los objetivos que llevaron a contratarle- y la responsabilidad del prestador se regirá por lo acordado en la cláusula restrictiva de la responsabilidad que se hubiera incluido en el contrato de prestación de servicios. Y se dice rara vez porque, en ocasiones, el cliente y el prestador pueden acordar que la remuneración a recibir por este último se fije en función de los beneficios obtenidos por el cliente. En este tipo de contratos, conocidos como *value based* o contratos basados en los resultados obtenidos, es importante establecer con claridad y de la forma más objetiva posible los criterios que las partes tomarán en consideración para el cálculo de la remuneración al prestador con el objetivo de que este reciba la una remuneración justa y evitar que surjan, a futuro, distintos criterios de interpretación sobre cómo calcular la contraprestación económica.

Por último, se trata con carácter general de una relación de *tracto sucesivo*, tal y como se analiza con posterioridad en el Capítulo 2 al estudiar la naturaleza del contrato de *outsourcing*. Si bien hace una década los contratos se formalizaban con un periodo de vigencia extenso, entre cinco y diez años, lo cierto es que, en la actualidad, los clientes suelen preferir periodos de duración más cortos y la inclusión en el contrato de una cláusula que permita a las partes a realizar revisiones periódicas de los aspectos esenciales del contrato. Como puede anticiparse, el retorno del servicio a la contratante una vez concluido el contrato por cualquier motivo es más complejo cuando la actividad a devolver está relacionada con la tecnología, debido principalmente a su continua evolución y al gran impacto que esta tiene en la competitividad de las empresas.

## 1.4 Modalidades de *outsourcing*

Antes de analizar en detalle las diferentes modalidades del *outsourcing* es conveniente conocer los pilares básicos en que se basa el área de tecnología en las corporaciones. En una organización de tamaño medio o grande, el departamento encargado de sistemas y tecnología suele realizar, entre otras, las siguientes funciones: planifica y gestiona el servicio y su calidad, define y controla la arquitectura de los sistemas de información y elabora la normativa de seguridad - definiendo los controles de seguridad y gestionando los posibles riesgos e incidentes-. Respecto a la gestión de aplicaciones informáticas, el departamento de TIC es responsable de gestionar la demanda de desarrollo de las mismas así como de los servicios externalizados. Junto a lo anterior, supervisa el cumplimiento de los niveles de calidad pactados con los prestadores, elabora las especificaciones de los servicios, los contrata, etc. En lo referido a la gestión de infraestructuras, se ocupa, principalmente, de gestionar la cartera de servicios de infraestructura, de elaborar especificaciones, de dirigir proyectos de despliegue de nuevas infraestructuras, de la provisión de equipos y servicios TIC a los usuarios, etc.

En departamentos TIC maduros, donde habitualmente la empresa tiene formalizados contratos con un elevado número de prestadores externos, lo recomendable es que apliquen a estos, en la medida de lo posible, criterios de gestión unificados. De lo contrario, esta labor se volverá difícil y supondrá para la empresa un problema a medio y largo plazo. Para ello, suele llevarse a cabo una organización de gestión de prestadores de servicios relacionados con la tecnología, también conocida como *vendor management*. Con ello se persiguen, entre otros, los siguientes objetivos: la revisión y renegociación ordenada de los contratos, la estandarización y mejora del acuerdo de calidad del servicio, la implantación de procesos y mejores prácticas para la gestión de los distintos prestadores, la implementación de eficaces herramientas de gestión de contratos, cuadro de mandos, etc. De esta forma, consiguen homogeneizar las exigencias a los distintos

prestadores, aplicándoles similares baremos para medir la calidad de servicio proporcionado por cada uno de ellos.

De la definición genérica dada para el servicio de *outsourcing* se puede deducir que prácticamente cualquier área y actividad de una empresa relacionada con la tecnología es susceptible de externalización: desarrollo de aplicaciones, gestión de infraestructuras, externalización de procesos de negocio -e. g. administración y finanzas, logística y recursos humanos-. De hecho, es cada vez más habitual que las medianas y grandes corporaciones elijan, dentro de su estrategia corporativa, externalizar determinados procesos de negocio que no forman parte del núcleo de su actividad empresarial o, incluso en determinadas ocasiones, opten por la externalización global de sus sistemas de información.

Con carácter previo a decidir la modalidad más adecuada para la contratación de los servicios, el cliente y el prestador deberán recabar información en detalle sobre los aspectos concretos del servicio que se requiere, sus requerimientos y especificaciones, su planificación y diseño iniciales, su forma de ejecución así como cualquier otro aspecto que se considere oportuno.

Sin perjuicio de los servicios externalizados y/o la modalidad elegida, el cliente deberá llevar a cabo un conjunto de actividades genéricas en relación estos servicios, que no es recomendable asignar o ceder a un tercero. Como ejemplos se podrían citar los siguientes: coordinar la prestación del servicio, elaborar informes y obtener estadísticas del sistema de incidencias, mantener reuniones de seguimiento periódicas, velar por el cumplimiento del acuerdo de calidad del servicio, monitorizar que el servicio se mantiene dentro de sus objetivos y métricas, gestionar y coordinar el equipo de trabajo del prestador y el conjunto de recursos tecnológicos asignados al servicio, etc.

A continuación se exponen, en detalle, las principales formas de clasificar los procesos de *outsourcing* que pueden encontrarse en el mercado.

#### **1.4.1 Clasificación en función de la razón de negocio para acometer la externalización**

Desde un punto de vista de negocio, es posible distinguir dos tipologías: la descentralización productiva inicial u originaria -también denominado *outsourcing* operativo o táctico- y la descentralización sobrevenida o derivada -conocido como *outsourcing* estratégico-.

La primera de ellas hace referencia a aquellas situaciones en las que el cliente se limita a delegar en el prestador determinadas actividades de su proceso de producción, manteniendo, así, íntegras sus potestades de mando y dirección sobre las decisiones que el prestador pueda adoptar y que afecten a sus TIC. Se trata de una situación similar, aunque no equiparable, a la subcontratación de servicios.

En el *outsourcing* estratégico, sin embargo, el escenario es diferente ya que las partes cooperan estrechamente en la toma de decisiones empresariales del cliente que puedan afectar a sus sistemas de información, considerándose entre ellos aliados tecnológicos y aprovechándose cada una de las partes de las capacidades de la otra.

### 1.4.2 Clasificación en función del alcance del servicio externalizado

En relación al volumen de servicios que se externalizan, puede distinguirse entre *outsourcing* total o global y *outsourcing* parcial<sup>31</sup>.

En el *outsourcing* global, el prestador lleva a cabo la ejecución de todos los servicios TIC del cliente. Algunas empresas se muestran reacias a esta tipología por el riesgo que supone, ya que puede implicar cierta pérdida de control sobre el servicio externalizado y con posterioridad puede resultar más complicado recuperarlo sin que ello afecte a su calidad, además de crear una evidente dependencia del prestador. Por ello, será muy relevante describir contractualmente las obligaciones de cada parte y definir los niveles de calidad a los que el prestador deberá comprometerse durante la ejecución del servicio.

Por su parte, en el *outsourcing* parcial el cliente únicamente delega parte de sus servicios TIC, quedando el resto bajo la responsabilidad del prestador. En esta tipología de externalización suele ser más sencillo para el cliente recuperar el área o tarea externalizada a la finalización del contrato de prestación de servicios.

### 1.4.3 Clasificación en función de si se transfieren o no personal y/o activos informáticos

Como se ha comentado previamente, en ocasiones puede ser necesario o conveniente transferir activos *hardware* y/o *software* y/o personal del cliente al prestador con la finalidad de que este último lleve a cabo la ejecución del servicio. A través de este criterio de clasificación se establece si, en virtud de la operación de externalización, ha existido o no cesión de activos informáticos y/o de personal del

---

<sup>31</sup> Algunos autores lo denomina *outsourcing* selectivo. Vid. CLAVER CORTÉS, E. y GONZÁLEZ RAMÍREZ, M<sup>a</sup>. R. *Análisis descriptivo del outsourcing de los sistemas de información*, ESIC Market, 1999, p. 143.



cliente al prestador, sin importar si los mismos se usarán para prestación del servicio al cliente o para una finalidad distinta. En este sentido puede diferenciarse entre *outsourcing* simple y transmisivo.

En el *outsourcing* simple no se transfieren equipos, programas ni trabajadores al prestador, por lo que este último se ocupará de la prestación del servicio con sus propios activos y personal.

Sin embargo, en el *outsourcing* transmisivo sí se produce una transferencia de los activos o personal del cliente hacia el prestador, pudiendo estos utilizarse para la prestación del servicio al cliente o para cualquier otra función que el prestador elija.

#### **1.4.4 Clasificación en función del lugar desde donde se ejecuta el servicio**

La clasificación que se presenta a continuación toma en consideración la ubicación de los recursos del prestador encargados de la ejecución del servicio contratado por el cliente.

A través de la modalidad *on-site*, el prestador ubica su personal en la sede del cliente, trabajando en continua interacción con el equipo de este último, ofreciéndole soporte. Esta modalidad es la preferida, habitualmente, cuando el cliente no tiene certeza de los servicios que desea externalizar al prestador, cuando es previsible que los servicios que contrate fluctúen durante la relación negocial o en aquellos supuestos en los que una participación directa y continuada del personal del cliente sea aconsejable para el éxito del servicio concreto. Asimismo, también es habitual en servicios de corta duración o en aquellos en los que hay un elevado componente de confidencialidad y las tareas deben realizarse en el más estricto secreto. Y ello porque permite a las partes mantener una interacción

continuada, pudiendo entender mejor el prestador las expectativas del cliente así como el resultado final por este esperado. Sin embargo, el principal inconveniente de esta modalidad de *outsourcing* es su mayor coste si se compara con modalidades de *outsourcing* deslocalizadas de la sede del cliente, debido principalmente al coste del espacio por el personal del prestador -también denominado *occupancy*-, ya sea en la sede del cliente o en la del prestador. Tampoco desmerece hacer alusión a los posibles riesgos de prestamismo laboral o cesión ilegal de trabajadores que deberán evitarse cuando los servicios se presten por personal del prestador ubicado en la sede del cliente, materia que se trata en mayor detalle en el Capítulo 3.

Mediante la modalidad *off-site*, la ejecución del servicio se realiza en remoto, habitualmente desde los centros de servicio del prestador. Esta ubicación es la opción ideal en los supuestos en los que el cliente tiene la expectativa de ejecutar una serie de servicios TIC a un coste inferior al de las modalidades *on-site*. A su vez, este tipo de *outsourcing* se puede clasificar en *near-shore* y *off-shore*. En la modalidad *near-shore*, el servicio se presta desde los centros de servicio del prestador cercanos a las instalaciones del cliente -e. g. si la sede del cliente está situada en Madrid, los servicios se prestan desde alguna provincia española o desde un país limítrofe-. Sin embargo, en la modalidad *off-shore* la ejecución del servicio se realiza desde los centros de servicio del prestador alejados de las instalaciones del cliente -e. g. si la sede del cliente está ubicada en Madrid, los servicios se prestan desde Estados Unidos, India o China-. Entre las ventajas del modelo *off-site* pueden destacarse el ahorro que supone para el cliente por el precio más bajo de la mano de obra así como por el *occupancy* del personal dedicado al servicio. Sin embargo, con esta modalidad el cliente pierde visibilidad y control sobre el personal del prestador que ejecuta el servicio y podrá incrementarse el riesgo de una posible falta de entendimiento o comunicación entre las partes.

También es posible un modelo híbrido, conocido como *blended-shore*, en el que el cliente podría obtener las ventajas de ambas modalidades, *on-site* y *off-site*. Y esta es, habitualmente, la elección de la gran mayoría de los clientes para los servicios de desarrollo de *software* de larga duración ya que, adicionalmente a los beneficios que se obtienen de cada una de las modalidades, según se ha visto, la diferencia horaria del cliente con el equipo *off-shore* del prestador combinado con el equipo *on-site* permitiría al cliente beneficiarse de un servicio 24 horas al día, 7 días a la semana; esto es, disponibilidad sin interrupción a un coste moderado.

#### **1.4.5 Clasificación en función del servicio externalizado**

Desde un punto de vista funcional, a grandes rasgos, se diferencian tres tipologías de *outsourcing*: mantenimiento de aplicaciones o *application outsourcing*, gestión de infraestructuras o *infrastructure outsourcing* y gestión de procesos de negocio o *business process operations*.

##### **1.4.5.1 Mantenimiento de aplicaciones**

El desarrollo y mantenimiento de aplicaciones informáticas por encargo ha sido tradicionalmente una de las principales tareas objeto de externalización debido, esencialmente, al elevado grado de especialización técnica requerido para ello. En este sentido, los programas a desarrollar y/o mantener pueden detallarse de antemano en el contrato o acordarse con posterioridad, dentro del marco del propio servicio y a la vista de las necesidades que, en cada momento, pudiera tener el cliente o en función de la evolución de la tecnología disponible en el mercado. Conviene recordar que con el incremento de las aplicaciones que se ejecutan en una compañía, las tareas de gestión y mantenimiento se han vuelto cada vez más complejas.

Tras la puesta en producción de una determinada aplicación informática se inicia su vida útil, periodo durante el cual las aplicaciones necesitan correcciones,

mejoras, migraciones, incrementos de versión, etc. Dentro del mantenimiento de aplicaciones pueden diferenciarse, principalmente, las siguientes tipologías de servicio: mantenimiento correctivo, pequeño evolutivo, mantenimiento preventivo y soporte al usuario.

#### *1.4.5.1.1 Mantenimiento correctivo*

El mantenimiento correctivo consiste en solventar las incidencias producidas por un funcionamiento inadecuado de un componente de una aplicación informática que no supone cambio alguno a nivel operativo ni funcional. El servicio de mantenimiento correctivo incluye, entre otras actividades, el análisis de las incidencias reportadas en la herramienta de gestión del servicio así como su resolución. De esta forma, se pretende mantener en funcionamiento y operatividad las aplicaciones o subsistemas que estén ejecutándose en un entorno de producción -esto es, que estén operativas en una instalación o ámbito de servicio- y, asimismo, solucionar las posibles incidencias derivadas de una acción indebida ocurrida en el sistema.

Dependiendo de la criticidad de las incidencias, para llevar a cabo el servicio de mantenimiento correctivo, a estas se les suele asignar una prioridad tomando como referencia los factores que se indican a continuación: (i) prioridad alta: la incidencia paraliza las funciones básicas del sistema y/o afecta a un número importante de usuarios, por lo que su resolución debe producirse a la mayor celeridad, pudiendo requerir incluso una parada del sistema en horario productivo para realizar su pase a producción; (ii) prioridad media: la incidencia afecta a una parte de las funciones del sistema y/o afecta a un número menor de usuarios, por lo que su resolución debe producirse lo antes posible, aunque podrá esperarse al horario no productivo para subirla a producción; o (iii) prioridad baja: el usuario puede seguir trabajando a pesar de la incidencia ya que esta no tiene impacto grave en la operativa del usuario, subiéndose la corrección a producción junto con el resto del evolutivo en la siguiente versión planificada.

En el mantenimiento correctivo, independientemente de la prioridad que se le hubiera asignado a una incidencia, el procedimiento habitual para la resolución de la misma suele ser el siguiente. En primer lugar, según la criticidad comunicada por el cliente en cada petición, se realiza un diagnóstico de la incidencia, identificando las causas e impacto en otras funcionalidades del sistema, para su óptima resolución. Una vez solventado el error se realizan las pruebas necesarias así como la puesta en marcha en entornos de desarrollo para verificar que el error se ha subsanado. Por último, se sube al entorno en producción y se actualiza, si fuera necesario, la documentación correspondiente a los procesos y aplicaciones afectadas.

#### 1.4.5.1.2 *Pequeño evolutivo*

El pequeño evolutivo se refiere a la mejora de las aplicaciones existentes, incluyendo la introducción de nuevas funcionalidades que no requieran un diseño funcional explícito y no superen el esfuerzo pactado con el prestador previamente.

Una de las metodologías para medir la complejidad de un desarrollo concreto, aplicada en la actualidad por un gran número de organizaciones en todo el mundo, es el análisis en puntos-función. Este análisis, desarrollado por A. J. Albrecht en IBM entre los años 1974-1979 como resultado de investigación de productividades en un elevado número de proyectos, está implantado y reconocido internacionalmente -e. g. ASSEMI, IFPUG o AEMeS-. Cuantifica, de forma empírica, la funcionalidad o uso del sistema a desarrollar. Se trata, por tanto, de una métrica del tamaño del sistema y no de la calidad con la que ha sido desarrollado el *software*. Mide el desarrollo funcional del *software*, sin tomar en consideración el lenguaje empleado, el *hardware* ni otros elementos tecnológicos. Una vez que se tiene el tamaño del desarrollo expresado en puntos función, este puede utilizarse para distintos propósitos, tales como para valorar el activo *software* instalado en una organización, para estimar los recursos necesarios para llevar a cabo el desarrollo, para presupuestar el mantenimiento de la aplicación una vez

esta se desarrolle, etc. En resumen, el análisis en punto-función proporciona una medida objetiva que ayuda en la evaluación, planificación, gestión y control de la producción de *software*.

#### 1.4.5.1.3 *Mantenimiento preventivo*

El mantenimiento preventivo implica el seguimiento del entorno productivo con el fin de detectar posibles errores en la ejecución de los procesos, así como la investigación, estudio, propuesta de mejoras y cambios en las aplicaciones para obtener mejor calidad en la implantación de los procesos de negocio y en el rendimiento. El servicio de mantenimiento preventivo incluye, entre otras tareas, localizar y subsanar la causa raíz de las incidencias así como detectar las incidencias más repetitivas o de mayor impacto en los procesos de negocio. De esta forma, se reducen las necesidades de mantenimiento correctivo y de soporte al usuario.

#### 1.4.5.1.4 *Soporte al usuario*

La finalidad de este servicio, también conocido como *help-desk*, es atender y resolver las dudas de los usuarios en relación a la utilización de las aplicaciones informáticas mientras hacen uso de estas.

La mayoría de las compañías que otorgan licencias de uso sobre sus aplicaciones informáticas ofrecen soporte técnico por vía telefónica o a través de Internet. En los últimos años hay una tendencia a la prestación de soporte técnico en remoto, a través de un técnico que se conecta al ordenador mediante una aplicación de conexión remota.

Cuando el soporte está debidamente organizado, la asistencia técnica está subdividida en capas o niveles, para poder atender de una forma más eficaz y eficiente a los usuarios. El número de niveles en los que una empresa organiza su

grupo de soporte depende, principalmente, de las necesidades del negocio. El éxito de esta estructura organizativa de prestación del servicio se basa en la capacidad del equipo técnico de comprender su nivel responsabilidad, sus compromisos de tiempo de respuesta al cliente y su capacidad para detectar correctamente el momento y forma en la que resulta apropiado escalar una incidencia al nivel superior.

La estructura más generalizada del servicio de asistencia multinivel se conforma sobre tres niveles de soporte.

El soporte de nivel 1 es el nivel técnico inicial, responsable de las incidencias básicas del usuario. El principal trabajo de un especialista de nivel 1 es recopilar toda la información del usuario y concretar la incidencia mediante el análisis de los síntomas y el problema subyacente. Una vez identificado el problema, el especialista puede comenzar a prestar la verdadera asistencia tomando como referencia el catálogo de soluciones disponibles. Los especialistas de soporte técnico en este grupo habitualmente manejan problemas simples de resolución sencilla -e. g. problemas de usuario y contraseña, instalación o reinstalación básica de aplicaciones, verificación de la configuración apropiada de *hardware* y *software*- haciendo uso, habitualmente, de una herramienta de gestión del conocimiento. El objetivo de este grupo de nivel 1 es manejar un porcentaje elevado de los problemas de los usuarios antes de escalar las incidencias a un nivel superior. En determinados sectores, el soporte de primer nivel requiere un conocimiento muy profundo de los productos sobre los que se presta el soporte, más allá de los conocimientos técnicos propiamente dichos.

La prestación del soporte técnico de nivel 2 recibe las incidencias que le hubieran sido escaladas por los especialistas de nivel 1. El servicio es realizado por especialistas de redes de comunicación, sistemas de información, sistemas operativos, bases de datos, entre otras. En el supuesto de que no pudiera

resolverse una incidencia concreta, se escalará al nivel superior para que este se ocupe de la misma.

El soporte de nivel 3 es el equipo encargado de establecer la metodología para la resolución de las incidencias. El personal asignado a este nivel ayuda al personal de los niveles 1 y 2 y se ocupa de la investigación y desarrollo de soluciones a los problemas nuevos o desconocidos.

#### 1.4.5.2 Gestión de infraestructuras

Como un servicio diferenciado del mantenimiento de aplicaciones, a través de la externalización de la gestión de infraestructuras el cliente deposita en el prestador la responsabilidad sobre los CPD<sup>32</sup>, servidores y microinformática, entre otros.

Con carácter general, las tareas a realizar en el alcance del servicio sobre los CPD y los servidores incluyen, entre otras, la operación, gestión y técnica de sistemas, planificación y producción, sistemas operativos y bases de datos, comunicaciones, seguridad así como la realización de copias de seguridad.

Respecto al servicio de microinformática, entendida esta como la informática referida a los ordenadores del usuario -comúnmente conocidos como PC-, este suele incluir las tareas de administración de aplicaciones ofimáticas, soporte técnico de los equipos y usuarios así como la gestión y adquisición de activos informáticos.

---

<sup>32</sup> Un centro de datos es una instalación utilizada para albergar sistemas de ordenadores y sus componentes asociados. Esta instalación concentra todos o parte de los recursos necesarios para el procesamiento de la información de una organización. Por lo general incluye, entre otros elementos, fuentes de alimentación y conexiones de datos redundantes, copias de seguridad, sistemas de refrigeración y dispositivos de seguridad.



#### 1.4.5.3 Externalización de procesos de negocio

Por último, el BPO consiste en contratar al prestador la ejecución de un proceso o función de negocio para obtener una eficacia superior a la que se obtendría realizándolo el cliente internamente y, habitualmente, a un menor coste. Los procesos que pueden ser externalizados comprenden, entre otros: (i) la gestión de las relaciones con los clientes -e. g. gestión de órdenes de compras, facturas, recibos, gestión de riesgos, reporte financiero-; (ii) las actividades relacionadas con las finanzas, tesorería y administración de la empresa; (iii) las actividades de *back-office*; (iv) los procesos asociados a la gestión de recursos humanos; y (v) los procesos relativos a la cadena de suministro. En un servicio de BPO el prestador recibe y procesa, en sus equipos, los datos del cliente -nóminas, proveedores, clientes, etc.-, y, tras la ejecución del proceso, devuelve los resultados -listados, informes, cartas, bases de datos, etc.- al cliente para que este pueda hacer uso de ellos.

#### 1.4.5.4 Otros servicios

Adicionalmente a los anteriores, en el seno de un contrato de *outsourcing* suelen incluirse otros servicios que, si bien no se consideran *per se* el núcleo de una externalización de servicios informáticos, sí resultan atractivos para el cliente y, en ocasiones, se incluyen en el alcance del contrato en el que se regulan los servicios de *outsourcing sensu stricto*.

##### 1.4.5.4.1.1 Asistencia técnica

Se trata de servicios prestados de forma puntual para garantizar el desarrollo de proyectos relacionados con la informática, el mantenimiento de aplicaciones, la operación de la infraestructura o la continuidad de los procesos de negocio mediante la aportación de servicios profesionales con diferentes niveles de conocimientos técnicos y experiencia. Los servicios de asistencia técnica se definen

tomando como referencia los requisitos provenientes de los diferentes entornos técnicos y perfiles profesionales.

Algunos ejemplos de entornos técnicos, en el ámbito del *outsourcing*, se incluyen a continuación: inteligencia empresarial o *business intelligence*, .Net<sup>®</sup> (aplicación informática propiedad de Microsoft), SAP<sup>®</sup>, multimedia, técnica de sistemas, operación, control de gestión y PMO, gestión y administración de sistemas, exploración y producción, centro de atención a usuarios, QA, etc.

La nomenclatura de los perfiles profesionales depende de cada prestador. Entre otros, puede mencionarse la siguiente tipología de perfiles: consultor, analista funcional, analista técnico, analista programador, programador, consultor técnico, técnico de sistemas, auxiliar técnico, técnico, consultor QA, analista QA, etc.

La duración del servicio se suele estimar en el momento de la solicitud y su facturación se realizará tomando en consideración el esfuerzo realmente incurrido, siendo habitual una facturación mensual en función del esfuerzo incurrido en el mes inmediatamente anterior.

#### 1.4.5.4.1.2 Consultoría

Con carácter general, son aquellos servicios que no se ajustan a los entornos técnicos y perfiles profesionales definidos en el servicio de asistencia técnica, por la especialización y/o los conocimientos necesarios. Este tipo de servicio incluirá expertos en la definición y despliegue de soluciones tecnológicas que, por su complejidad o por su novedad, ofrezcan dificultades técnicas singulares de definición y/o implementación. Los costes del servicio se acordarán con carácter previo al inicio del servicio y suele pactarse un alcance determinado a un precio cerrado, por lo que este último no debiera sufrir variación durante la prestación del mismo, salvo que se acuerde por las partes una modificación en el alcance previsto inicialmente.

#### 1.4.5.4.1.3 Desarrollo de proyectos

Son aquellos servicios en los que el prestador se compromete al desarrollo de nuevos sistemas de información o a la implantación de una infraestructura técnica de acuerdo a las condiciones especificadas por el cliente y en el plazo acordado. Se suele pactar, al igual que en los servicios de consultoría, un precio cerrado con un alcance previamente definido.

---

### 1.5 Las factorías de *software*

Las factorías de *software* son centros de producción utilizados por el prestador para proporcionar servicios de *outsourcing* a sus clientes. Se trata de instalaciones dimensionadas con los recursos necesarios en volumen y especialización para atender una determinada carga de trabajo que, sobre la base de unos procesos estandarizados y atendiendo a unas determinadas especificaciones, llevan a cabo proyectos de ingeniería de *software*.

En virtud de lo anterior, las principales características de estos centros se detallan a continuación.

Ante una carga de trabajo previamente planificada entre el prestador y el cliente, se dimensiona el equipo de personas encargado de realizar el trabajo. La planificación permite una cierta flexibilidad del volumen de trabajo en periodos de baja actividad o en aquellos momentos en los que se requiera una especial dedicación de los recursos. Sin embargo, para que el uso de las factorías de *software* resulte eficiente, el cliente deberá realizar sus mayores esfuerzos para solicitar los trabajos en base a la capacidad planificada.

El personal de las factorías de *software* está dotado de gran especialización en los distintos lenguajes de programación en los que se basan los programas del

cliente. Para una mayor celeridad en la prestación de los servicios, las factorías de *software* siguen procedimientos homologados, lo cual redundará en la calidad de los productos o entregables que generan. Para acreditar los procedimientos a seguir, son varias las certificaciones con las que suelen actuar las factorías de *software*. Como ejemplo de estándares de calidad puede citarse CMMi, la normativa UNE-EN ISO 9001:2000 o la normativa ISO 15505, y como ejemplo de sistema de gestión de la innovación destaca la norma UNE-166002, entre otras.

---

## **1.6 Ventajas e inconvenientes del *outsourcing***

Un análisis en profundidad tanto en la fase precontractual como en la de negociación del contrato será decisivo para que las partes intenten, de buena fe, maximizar las ventajas y mitigar los posibles inconvenientes que pudieran detectarse. Se podría entender que una operación de *outsourcing* ha resultado exitosa si el cliente logra durante la vigencia del servicio, entre otros objetivos, un ahorro de costes, una mejora de la calidad del nivel del servicio y la satisfacción tanto de los usuarios como de la Dirección del cliente. Como podrá observarse, la decisión de llevar a cabo la externalización de la actividad informática se trata de una táctica de gestión empresarial que nada tiene que ver con consideraciones jurídicas. El cliente deberá evaluar detenidamente las consideraciones de la externalización en todos sus aspectos, positivos y negativos, para poder tomar la decisión que mejor se adecúe a su negocio.

A continuación se analizan las principales ventajas e inconvenientes que deberán tenerse en cuenta con el objetivo de lograr un buen resultado en el proceso de externalización, parcial o total, del área de tecnología.

### 1.6.1 Ventajas

El *outsourcing* se ha impuesto en las medianas y grandes empresas a nivel global. Lo que hasta hace poco tiempo era considerado como una alternativa para, básicamente, reducir costes, hoy en día ha demostrado ser una opción con enorme potencial para ayudar al crecimiento de las empresas. A través de la externalización, el cliente puede conseguir una mayor eficacia en la gestión de sus recursos tecnológicos y aumentar la flexibilidad para cumplir con los repentinos requerimientos del mercado así como para afrontar un cambio en la demanda de productos, servicios y tecnología.

Las principales razones que impulsan la iniciativa de las empresas para adoptar una estrategia de *outsourcing* se detallan a continuación.

Como principal beneficio del *outsourcing*, tal y como se ha venido mencionando, suele situarse el ahorro de costes para el cliente. Se proporciona una estructura de costes más predecible, lo que permite controlar el gasto derivado de la gestión de tecnología durante la vigencia del contrato. Aunque lo anterior no deja de ser cierto, es importante regular al detalle el alcance del servicio externalizado así como la contraprestación económica a recibir por el prestador ya que, de lo contrario, al prestador puede exigírsele ejecutar más tareas de las pactadas o el cliente puede terminar abonando al prestador un importe sustancialmente superior al inicialmente estimado. Relacionado con el beneficio económico, si se incluye en la operación de *outsourcing* la transmisión de activos tecnológicos al prestador -e. g. ordenadores, servidores e impresoras-, ello supondrá una inmediata liquidez para el cliente.

Desde una perspectiva estratégica, permite al cliente centrarse en su *core business*, disponiendo de personal adicional para dedicar a las tareas propias de su negocio por haber delegado en el prestador la gestión parcial o global de las

funciones de sus sistemas de información. Ciertamente, uno de los pasos clave para que una empresa pueda lograr un proceso de *outsourcing* exitoso es identificar las actividades que son esenciales del negocio y las que son susceptibles de externalización. Junto a ello, se debe lograr que el personal de la empresa sea consciente de los fundamentos de esta separación de actividades, así como de los motivos que llevan a ella y los beneficios que esta estrategia puede aportar a la compañía.

Desde el punto de vista de la innovación, el *outsourcing* permite al cliente acceder a tecnología puntera sin necesidad de grandes inversiones de capital gracias a las economías de escala que puede obtener su prestador de servicios, pudiendo este último adquirir la tecnología y repartir el coste asociado a la misma entre sus clientes.

En relación al aspecto laboral, el personal del cliente, generalmente con un perfil técnico-informático, puede ver mejorada su expectativa de desarrollo profesional si el cliente y el prestador acordasen una transferencia del personal del cliente que venía prestando internamente el servicio al prestador, debido a la especialidad de este y a su dedicación focalizada en I+D+i.

### **1.6.2 Inconvenientes**

Si bien son numerosos los beneficios analizados, lo cierto es que también existen determinadas razones por las que un proceso de *outsourcing* pudiera no ser el idóneo para una empresa. No debe olvidarse que no siempre la externalización de un servicio o proceso TIC es más eficiente que mantenerlo *in-house*.

A continuación se describen las principales desventajas de este tipo de procesos, diferenciándose aquellos que pudieran aparecer durante la prestación del servicio y una vez finalizado este.

Durante la prestación del servicio, el cliente pudiera exponerse a los siguientes riesgos: (i) que el prestador seleccionado no tenga las capacidades para cumplir con los objetivos y estándares que el cliente demanda; (ii) que el cliente pierda cierto control sobre los procesos o áreas tecnológicas externalizadas al prestador -lo cual, recuérdese, es un elemento clave para la competitividad de la empresa-; (iii) que el servicio recibido no sea todo lo satisfactorio que el cliente esperaba, aunque hay que ser consciente que la no consecución de los objetivos perseguidos por el cliente en raras ocasiones es debido a causas únicamente imputables al prestador, sino que a una cierta responsabilidad del prestador suele unirse una errónea evaluación de la situación que llevó al *outsourcing*, a unas expectativas poco realistas o a una mala elección del prestador; o (iv) que surjan contingencias de naturaleza laboral, tales como la desmotivación de sus trabajadores, despidos ocasionados como consecuencia de la externalización, etc.

Una vez finalizado el servicio, no debe dejar de considerarse el coste y esfuerzo que pudiera suponer para el cliente recuperar el servicio *in-house* o cambiar de prestador en caso de que no deseara renovar al prestador actual por cualquier razón<sup>33</sup>. Se trata de un proceso de transición que puede complicarse y, con ello, causar un impacto negativo en el negocio del cliente.

---

## 1.7 Fases para la contratación de servicios TIC

A continuación se analizan los distintos eslabones que, de forma habitual, configuran el ciclo de vida de la relación comercial entre el cliente y prestador en aquellos supuestos en los que el servicio tiene un tamaño considerable.

---

<sup>33</sup> Aunque, en la práctica, resulta complicado que una actividad externalizada sea recuperada *in-house* por el cliente. Lo habitual, una vez ha expirado el contrato con el prestador, es que el cliente opte, bien por renovarlo, bien por cambiar de prestador y/o dividir el servicio entre varios prestadores.

### 1.7.1 Identificación de las necesidades del cliente

Aquella organización que tenga por objetivo mejorar su rendimiento, ser competitiva y generar valor deberá adaptarse a un entorno en continuo cambio. En esta primera fase el cliente deberá sentar las bases del servicio de *outsourcing*, identificando oportunidades de mejora para, con la ayuda de un tercero, transformarlas en iniciativas concretas a acometer. Si se desea externalizar un servicio sin tener una visión clara de lo que se espera recibir, existe un riesgo elevado de recibir un servicio que no satisfaga lo esperado. La correcta definición de las iniciativas a realizar evitará, entre otros perjuicios, acometer proyectos y/o servicios innecesarios o no prioritarios y desviaciones temporales o presupuestarias. En fases posteriores se profundizará en el listado preciso de servicios que se desean externalizar, la matriz de responsabilidades y otros aspectos de detalle.

En esta fase, adicionalmente, se tratarán de identificar y detallar a los potenciales prestadores los servicios, la manera en que deben ejecutarse los servicios así como los resultados esperados. Se tratarán de anticipar, junto a lo anterior, las condiciones propias de los trabajos, los criterios y métodos para la evaluación de las ofertas que se presentarán con posterioridad así como cualquier otro requisito o aspecto que se considere necesario. Del resultado de este trabajo suelen derivarse varios documentos que se incluirán en la RFP.

A continuación se establecen algunas de las especificaciones a incluir en la RFP, que deberá presentarse a los potenciales prestadores con la mayor claridad y concreción posible: criterios para la evaluación de ofertas que se presenten, necesidades y condiciones de negocio a cubrir, elementos tecnológicos, de procesos, de organización, legales, requisitos de la organización de los trabajos, elementos del cambio y su gestión, duración y condiciones económicas. Una buena herramienta para evaluar, de manera cierta y eficaz, las capacidades de los potenciales prestadores es la inclusión en la RFP de requisitos de calidad para el



propio desarrollo del servicio y la solicitud a estos de niveles de certificación orientados a prácticas y métodos; especialmente en proyectos o servicios que por su dimensión temporal o de esfuerzo así lo requieran. La mayoría de las empresas se encuentran certificadas en ISO 9001, norma que especifica los requisitos para un sistema de gestión de la calidad. Con la implantación de un sistema de gestión de la calidad de conformidad a la norma ISO 9001, el prestador demuestra su capacidad para proporcionar de forma coherente productos o servicios que satisfacen los requisitos del cliente, los requerimientos legales así como reglamentarios aplicables. Asimismo, se incrementa la satisfacción del cliente a través de la aplicación eficaz del sistema, incluidos los procesos para la mejora continua del mismo. Sin embargo, esta norma es amplia e imprecisa.

Para suplir sus carencias existen otras normas más acordes y especializadas en los distintos trabajos a efectuar. El listado de normas y/o recomendaciones aplicables a cada tipo de servicio puede ser amplio. Sin embargo, es común que resulten de aplicación la norma ISO 14000 -estándar para la gestión medioambiental-, la norma ISO/IEC 20000 -estándar para la gestión, métrica, metodología de planificación, desarrollo y mantenimiento de sistemas de información-, el modelo CMMI -para la mejora y evaluación de procesos así como para el desarrollo, mantenimiento y operación de sistemas de *software*-, las normas ISO/IEC 17799 o ISO 27002 -estándar para la seguridad de la información-, ITIL<sup>®</sup>, COBIT -conjunto de mejores prácticas para el manejo de información y tecnologías relacionadas-, etc.

También es habitual que, con carácter previo a la identificación y detalle a los potenciales prestadores de aquellos trabajos que se espera que desarrollen y a la preparación de la RFP, se solicite al mercado información relacionada con materias no suficientemente conocidas por el cliente y/o información sobre cómo resolver una problemática determinada. Para ello, se lanza al mercado una RFI. Su uso permite solicitar al mercado información y conocimiento, que se utilizará con

posterioridad para especificar adecuadamente los servicios o proyectos a ejecutar en la RFP. A su vez suele emplearse como un instrumento de medida que permite conocer de antemano las capacidades específicas de los potenciales prestadores.

En el pasado era habitual no dedicar el tiempo y los recursos suficientes a la elaboración de las especificaciones a incluir en las RFI y RFP, aunque esta tendencia está cambiando. De hecho, la última versión de ITIL® asigna una mayor relevancia a la fase de definición y diseño. ITIL® es el método de mayor aceptación para la gestión de servicios de tecnologías de la información, proporcionando un conjunto cohesivo de mejores prácticas procedentes de los sectores público y privado a nivel internacional. Propone el establecimiento de estándares que ayudan en el control, operación y administración de los recursos -ya sean propios o de los clientes-. En caso de que los procesos existentes lo necesiten, plantea su revisión y reestructuración, lo que supone un proceso de mejora continua. ITIL® cuenta con el apoyo de un completo sistema de cualificaciones, organizaciones de formación acreditadas y herramientas de implementación y evaluación. Los procesos de mejores prácticas que se promueven en ITIL® son compatibles con la norma internacional para la gestión de los servicios de tecnologías de la información ISO/IEC 20000.

### **1.7.2 Selección del prestador**

Como finalización de la fase anterior, el cliente remitirá la RFP al mercado en general o, con carácter selectivo, a aquellos prestadores que considere mejor posicionados para la correcta prestación del servicio. Estos dispondrán de un periodo razonable para consultar al cliente aquellas dudas que hayan podido surgir del análisis de la RFP. Una vez aclaradas las dudas, los prestadores generarán y enviarán sus correspondientes propuestas al cliente. Desde que el cliente publica una RFP, los prestadores tendrán un tiempo máximo para el envío de propuesta, que dependerá de las características y complejidad del servicio.

De entre las ofertas recibidas como respuesta a la RFP, el cliente deberá seleccionar la que mejor se adapte a las características y especificaciones concretas del trabajo a desarrollar, asegurándose que el futuro prestador dispone de la capacidad y solvencia para una adecuada prestación del servicio. Conviene resaltar que, debido a la fuerte competencia que existe actualmente en el sector TIC, es posible que algún prestador presente propuesta a la RFP que, con el objetivo de resultar adjudicatario, cumpla sobre el papel con las especificaciones y, sin embargo, en realidad pudiera carecer de la experiencia y solvencia suficiente para ejecutar el servicio en base a las especificaciones, calidad y requeridos por el cliente. Para evitar desajustes, el cliente deberá valorar en las respuestas que reciba, entre otros, los siguientes aspectos: la experiencia previa del prestador en este tipo de operaciones, su estructura societaria y estabilidad financiera, las características del equipo técnico ofertado, los certificados de garantía de calidad aportados, los acuerdos de calidad inicial del servicio comprometidos, la metodología, seguridad y garantía ofrecidas, así como la contraprestación económica solicitada derivada de la prestación del servicio.

Una vez elegido el prestador, se comunicará a las empresas ofertantes la propuesta que ha resultado ganadora y, en función del modelo de contratación utilizado y de los procedimientos definidos al respecto, se informará de la valoración de las ofertas a los prestadores que no hubieran resultado adjudicatarios. Tras esto, se procederá a la devolución de las propuestas no ganadoras a sus respectivos propietarios con el fin de asegurar la confidencialidad del contenido de las mismas.

El proceso de identificación de potenciales empresas prestadoras de servicios ha adquirido una mayor relevancia dentro de las actividades a desarrollar en la fase de selección de prestadores, debido a la expansión del sector y a la globalización. Las compañías que demandan habitualmente este tipo de servicios suelen trabajar con un número reducido de prestadores e incluso algunas de ellas, multinacionales en su mayoría, han establecido procesos de homologación de

prestadores liderados por los departamentos de compras y en los que también suelen intervenir los departamentos de calidad. Y ello con el objetivo de disponer de un listado inicial de prestadores para los distintos tipos de servicios que la empresa pudiera requerir, con la capacidad, precio y nivel de calidad requerido y demostrado previamente durante el proceso de homologación.

### **1.7.3 Negociación y contratación del servicio**

Una vez finalizado el proceso de valoración de propuestas y adjudicado el servicio al prestador mejor posicionado para prestarlo, dará comienzo la fase de negociación y contratación del mismo. En esta se concretan, definen y asumen los compromisos de trabajo, detallándose las responsabilidades de cada una de las partes. Se tratan de reflejar en el documento contractual las especificaciones técnicas y económicas contenidas en la RFP, en la propuesta del prestador así como cualesquier otra especificación que hubieran acordado las partes para ajustar el servicio a las expectativas del cliente y del prestador.

A pesar de no constituir el objeto del presente trabajo la contratación de servicios de *outsourcing* por la Administración Pública, mencionar que en el caso de esta, la contratación deberá respetar, junto a lo anterior, lo establecido por la LCSP y RLCAP. La LCSP nace por la exigencia de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico una nueva disposición comunitaria: la Directiva 2004/18/CE, disposición que introduce numerosos y trascendentales cambios en esta regulación, suponiendo un avance cualitativo en la normativa europea de contratos. Sin embargo, la LCSP no se limita a trasponer las nuevas directrices comunitarias sino que, adoptando un planteamiento de reforma global, introduce modificaciones en diversos ámbitos como respuesta a las peticiones formuladas desde múltiples instancias -administrativas, académicas, sociales y empresariales- para intentar dar solución a ciertos problemas que la aplicación de la derogada LCAP puso de relieve.

Es importante adecuar los contratos a las particularidades de los servicios que se deberán ejecutar y evitar el uso de contratos modelo o previamente utilizados con otros prestadores para servicios diferentes. Junto a lo anterior, también se debe respetar el principio de equidad, manteniendo así el equilibrio entre los derechos y obligaciones que aplican a cada una de las partes. Sin embargo, es habitual encontrarse contratos en los que no se respeta este principio, incluyéndose un alto nivel de detalle y compromiso respecto a las obligaciones del prestador y no para el cliente. Esta situación, que en principio parece perjudicar únicamente al prestador, pudiera implicar en realidad un problema para ambas partes ya que, como se ha indicado previamente, la base del éxito de una relación comercial de *outsourcing* es la creación de una alianza tecnológica a medio y/o largo plazo. Una carga desproporcionada de los derechos del cliente y las obligaciones del prestador podría ocasionar tensión entre las partes y, a la larga, una erosión de la relación profesional entre ambas.

#### **1.7.4 Prestación del servicio**

Un contrato de *outsourcing* nunca es perfecto. Resulta complejo plasmar en el mismo unas especificaciones perfectamente ajustadas a la finalidad última del servicio y a las expectativas de ambas partes y regular al detalle cada una de las posibles casuísticas que pudieran concurrir durante la ejecución del mismo. Por ello, el contrato debe ser flexible para adaptarlo, entre otras situaciones, a un posible cambio en las necesidades de negocio del cliente, a posibles ampliaciones o reducciones en el alcance y a la constante evolución de la tecnología.

Para la correcta prestación del servicio, se hace necesaria la presencia y estrecha colaboración del personal del cliente y del prestador, siendo, de esta forma, el trabajo en equipo un elemento adicional necesario para el éxito del servicio. A ello hay que añadir la colaboración del usuario, personal perteneciente a la plantilla del cliente que se encarga de valorar y juzgar el servicio o entregables recibidos con criterios de utilidad y adecuación a sus propósitos.

En el Capítulo 2 se trata en detalle el contenido esencial que debe incluirse en el contrato de *outsourcing* así como un análisis jurídico de sus principales aspectos.

### **1.7.5 Transferencia y cierre**

Con carácter general se puede entender que servicio de *outsourcing* ha finalizado una vez ocurra cualquiera de los siguientes hitos: (i) que se hayan finalizado las tareas y entregado los productos resultantes acordados; (ii) que haya expirado el plazo acordado para la prestación del servicio; (iii) que se resuelva la relación contractual, de forma anticipada con justa causa o por conveniencia de una o ambas partes.

Con carácter previo a la finalización del servicio, las partes deberán decidir cómo proceder con el cierre definitivo del mismo. En cualquier caso, deberán iniciarse aquellas tareas que permitan la transferencia del servicio al cliente o al nuevo prestador que este designe. A pesar que estas tareas se analizan con detalle en el Capítulo 2, pueden anticiparse como actividades a ejecutar, entre otras, la formación al personal que se hará cargo del servicio sobre la forma de llevarlo a cabo y el traspaso de la documentación generada durante la vigencia del contrato. Para determinados servicios, las partes podrían pactar que, tras la finalización del mismo, el prestador se obligue a proporcionar garantía sobre el servicio ejecutado durante un plazo concreto para resolver las posibles incidencias que pudieran detectarse.

## 2 ASPECTOS GENERALES DE DERECHO PRIVADO

### 2.1 Características generales del contrato de *outsourcing*

#### 2.1.1 Contrato y sus consecuencias

Siguiendo a J. APARICIO<sup>34</sup>, para analizar el valor y las consecuencias que se desprenden de una relación de prestación de servicios es necesario partir de la doctrina civilista de los hechos y las relaciones jurídicas. Desde un punto de vista jurídico, el análisis de las relaciones personales nace, tradicionalmente, del concepto de relación jurídica, definida como la relación de persona a persona regulada por una norma jurídica. Partiendo de esta definición aparece el concepto de negocio jurídico, entendiéndose este como una relación jurídica que emana de la voluntad de las personas que forman parte de la relación jurídica, según los intereses de cada una de ellas. Adicionalmente, la doctrina ha acuñado un concepto más concreto: el contrato. Su principal característica es, no sólo que nace de la voluntad de las partes, sino que su contenido se define por los contratantes - no por la norma jurídica-, de modo que el consentimiento contractual se postula como la principal norma que rige la relación, estableciendo, entre otros aspectos, las obligaciones y derechos de las partes, las condiciones en las que se desarrollará la relación negocial y las causas y consecuencias de su resolución. El contrato se convirtió, de esta forma, en la fórmula clave para el desarrollo del Derecho privado. No debe olvidarse, sin embargo, que las relaciones que se generan entre las partes no están formadas exclusivamente por la voluntad de estas, sino que pueden existir determinados aspectos de la relación jurídica entre ambas que estén sujetos a normas jurídicas imperativas, no susceptibles de modificación por acuerdo en contrario de las partes.

<sup>34</sup> APARICIO SALOM, J. *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, edición 2ª, editorial Aranzadi, Madrid, 2002, pp. 31-32.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento y, desde entonces, obligan al cumplimiento de lo expresamente pactado y a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley<sup>35</sup>. Los contratos son obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado -por escrito o de palabra-, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez<sup>36</sup>, con la excepción de ciertos pactos que, por su objeto, la normativa exige su formalización por escrito. Sin perjuicio de lo anterior, debido a la relevancia del servicio de *outsourcing* a contratar y la contraprestación económica asociada, es una buena y habitual práctica en el mercado que la formalización de un contrato se realice por escrito y con un importante nivel de detalle<sup>37</sup>, perfeccionándose tras la firma del mismo por las personas apoderadas de cada uno de los contratantes.

### **2.1.2 Introducción al contrato de *outsourcing***

Los servicios de *outsourcing* engloban un conjunto de actividades consistentes en un hacer diligente por parte del prestador, en virtud del cual el cliente obtiene una utilidad. Se puede decir que el contrato de *outsourcing*, en

---

<sup>35</sup> Vid. artículos 1.258 y 1.261 CC, así como el artículo 51 CCo.

<sup>36</sup> Vid. artículo 1.278 CC.

<sup>37</sup> Muchos de los conflictos que pudieran surgir durante la prestación del servicio pueden evitarse o mitigarse si las partes formalizan un contrato conciso, completo y equilibrado para ambas. Aunque, obviamente, no todo puede quedar reflejado en el contrato, debiendo hacerse uso de la buena fe para conciliar posibles problemas que puedan aparecer y cuya solución no hubiera sido prevista en el contrato.



general, tiene carácter consensual, bilateral, oneroso, *tracto sucesivo*<sup>38</sup> y está basado en una relación *intuitu personae*<sup>39</sup>.

Una vez adoptada la decisión por las partes de formalizar una relación negocial de *outsourcing*, se deberá proceder con la fase de negociación contractual, habiéndose previamente definido durante la fase precontractual, entre otros extremos, las aspiraciones, derechos, obligaciones y responsabilidades de cliente y prestador, junto a los criterios objetivos que permitan medir o controlar la actividad este último. El contrato de *outsourcing*, como una modalidad de descentralización productiva utilizada tanto por empresas privadas como por Administraciones Públicas, no tiene una regulación legal específica en nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la jurisprudencia<sup>40</sup> ha reiterado que no existe impedimento alguno para su celebración.

Aunque es cierto que un contrato de *outsourcing* no regula aspectos novedosos respecto a la contratación tradicional, también lo es el hecho que obliga a los juristas a conocer y entender los aspectos más técnicos del servicio para poder proteger, en base a ello, los intereses de su cliente con ciertas garantías.

---

<sup>38</sup> Esto es, una serie de entregas o prestaciones periódicas que perviven durante un tiempo prolongado y en las que el prestador se obliga a entregar una pluralidad de bienes o prestar una serie de servicios, de forma sucesiva y por un precio pactado.

<sup>39</sup> *Vid.* artículo 1.161 CC. El *intuitu personae* deberá ser fehacientemente probado, no siendo suficiente la mera presunción. En aquellos supuestos en los que el cliente de un servicio de *outsourcing* hubiera elegido al prestador *intuitu personae*, este último no podrá servirse de auxiliares o terceros para el cumplimiento de la prestación del servicio, salvo que fuera expresamente autorizado por el cliente. En el supuesto que no pudiera cumplir directamente con las obligaciones contraídas en el contrato, ello podría implicar una causa de extinción del contrato.

<sup>40</sup> El TS, en sus sentencias de 4 de octubre de 1993 y de 27 de octubre 1994, estableció la posibilidad de que un empresario recurra a la contratación externa, estando esta legitimada por el propio artículo 42 ET y por el artículo 38 CE, recogiendo este último precepto el principio de libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. El principio de libertad de empresa implica que los ciudadanos españoles están legalmente facultados para crear y establecer industrias, comercios y/o servicios del modo que mejor se acomode a sus expectativas de ganancias, dentro del marco legal y con el respeto de los derechos ajenos.

El contrato de *outsourcing* es el documento que regula la relación entre el prestador y el cliente. Este servirá de guía para encauzar el proceso de negociación y, eventualmente, ayudará a alcanzar consenso en materias no tomadas en consideración durante las fases preliminares. Asimismo, el contrato será el documento vinculante y fidedigno de los acuerdos alcanzados, que las partes podrán consultar durante el periodo de vigencia de la relación contractual.

En términos generales, el cuerpo del contrato regula, entre otros extremos, lo habitual de los contratos mercantiles -los servicios a prestar, la contraprestación económica, la duración, los derechos y responsabilidades de cada parte, los mecanismos de gestión del contrato, el procedimiento para la gestión del cambio, las causas de resolución anticipada, etc.-. En documentos separados, habitualmente como anexos al contrato principal, se incluyen condiciones particulares relacionadas, entre otros aspectos, con el alcance detallado y las especificaciones técnicas de los servicios, con las tareas a realizar durante las fases de transición y reversión del servicio, con los acuerdos de calidad del servicio, con el modelo de gobierno de la relación negocial, con el lugar de prestación del servicio, con la adquisiciones de *hardware* y las licencias de *software* y con la transferencia de personal.

Otra alternativa es que las partes acuerden, en lugar de un contrato único para el servicio de *outsourcing*, un contrato marco que, como tal, además de regular determinados aspectos referidos a las relaciones entre las partes, fije una estructura y un marco jurídico de las diferentes operaciones que ampare, remitiendo la regulación específica de cada servicio concreto a otros documentos, denominados «órdenes de trabajo» o «peticiones de servicio», que se adherirán expresamente al contrato marco, los cuales se consideran complementarios y parte integrante del contrato marco en los términos definidos por las partes.

No debe olvidarse que, en aquellos supuestos en los que exista una transmisión de bienes inmuebles -como pudiera ser *hardware* a través de un arrendamiento o venta-, esta deberá respetar los requisitos de forma establecidos en la normativa aplicable<sup>41</sup>.

Asimismo, en relación a la protección de datos de carácter personal, en aquellos supuestos en los que el prestador actúe como encargado del tratamiento de los ficheros del cliente -lo cual ocurre en la práctica totalidad de los servicios de *outsourcing*- la LOPD exige que la realización de tratamientos por cuenta de terceros deba estar regulada en un contrato formalizado por escrito o de alguna otra manera que permita acreditar su celebración y contenido, estableciéndose expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del tratamiento, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas, estipulándose, adicionalmente, las medidas de seguridad que el prestador está obligado a implementar<sup>42</sup>.

Junto a lo anterior, en aquellos supuestos en los que exista cesión de derechos de explotación sobre aplicaciones informáticas u otros activos inmateriales protegidos por derechos de autor, ya sean preexistentes de alguna de las partes o desarrollados *ad hoc* como resultado de los servicios objeto del contrato de *outsourcing*, la LPI requiere la formalización de tal cesión por escrito<sup>43</sup>,

---

<sup>41</sup> *Vid.*, como referencia principal, el artículo 1.280 CC. Adicionalmente, se deberá revisar la normativa sectorial que pudiera resultar de aplicación a la transmisión específica que acuerden las partes.

<sup>42</sup> *Vid.* artículo 12.2 LOPD y, relacionado con este, el artículo 9 LOPD.

<sup>43</sup> *Vid.* artículo 45 LPI. La exigencia de la formalización de la cesión por escrito aplica en cualquier supuesto, independiente de si esta se realiza o no en exclusiva, con o sin restricciones territoriales o temporales, etc.

aunque no cumplir con esta formalidad no implica la nulidad de la cesión, ya que esta no aparece en la norma como requisito *ad validatatem*.

Por último, resaltar que los servicios de *outsourcing* suelen negociarse de manera particularizada e individualizada, sin que ninguna de las partes intervinientes goce de una posición privilegiada evidente respecto a la otra. Sin embargo, aunque no suele ser habitual, en ocasiones, los prestadores imponen a los clientes, para determinados servicios que son homogéneos<sup>44</sup>, la formalización de los mismos a través de contratos de adhesión, no siendo objeto de negociación entre las partes las condiciones de prestación del servicio -siendo el prestador el que las impone-. Ello puede implicar, entre otros inconvenientes para el cliente, la existencia de cláusulas a favor del prestador que provoquen un desequilibrio evidente en los derechos y obligaciones de las partes y/o una ausencia de información y transparencia en relación a las condiciones de prestación del servicio.

Como reflexión general, independientemente de la parte que aporte el primer borrador de contrato, se deben revisar y negociar en detalle cada una de las cláusulas incluidas en el borrador inicial y no aceptar de inicio el mismo. El aceptarlo sin más puede suponer una situación de desequilibrio evidente en perjuicio de la parte que recibió el borrador.

---

<sup>44</sup> E. g. los servicios de hospedaje -*hosting*-, la computación en la nube -*cloud computing*- o las licencias de uso de aplicaciones informáticas comercializadas en serie. En esta tipología de servicios suele ser habitual que las características de servicio ofrecido por el prestador sean idénticas para los distintos clientes en lo referido a alcance, obligaciones, acuerdos de calidad de servicio, etc.

### 2.1.3 Naturaleza jurídica del contrato de *outsourcing*

#### 2.1.3.1 Carácter mercantil del *outsourcing*

Como ya se avanzó en el apartado anterior, la prestación de servicios de *outsourcing* entre empresas se articula a través de la firma de un contrato. En relación a este, regirá en todo caso el ya mencionado principio de libertad de forma<sup>45</sup>, según el cual las partes podrán contratar sin necesidad de que los acuerdos que alcancen deban adoptar unas características formales concretas, salvo por las excepciones contenidas expresamente en la Ley.

Al tratarse de un supuesto de contratación B2B, puede afirmarse que se está ante un contrato de tipo mercantil<sup>46</sup>, ya que el objeto del mismo lo constituye un acto de comercio de los regulados en el CCo. Adicionalmente a lo anterior, el hecho de que la contratación se produzca entre empresas en el ámbito de su negocio, supone un aliciente adicional para calificar su carácter como mercantil. La regulación de este tipo de contratos, por tanto, vendrá determinada por las disposiciones del CCo y, supletoriamente, por lo establecido en materia de contratos en el CC<sup>47</sup>.

#### 2.1.3.2 Arrendamiento de servicios frente a ejecución de obra

##### 2.1.3.2.1 «Cosas» y «servicios» en el CC

---

<sup>45</sup> Vid. artículos 51 CCo y 1.278 CC.

<sup>46</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información, editorial Comares, Granada, 2002, p. 82.

<sup>47</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. *Derecho y Cloud computing*, edición 1ª, editorial Aranzadi, Madrid, 2012, pp. 182-183. A pesar que el autor llega a esta conclusión al analizar los contratos de *cloud computing*, cuyo estudio se realiza más adelante en el Capítulo 6, resulta de aplicación *mutatis mutandis*, en mi opinión, a los contratos de *outsourcing*.

Nuestro CC diferencia entre el arrendamiento de servicios y obra. En opinión de C. VILLANUEVA<sup>48</sup>, las «cosas» y los «servicios» aparecen contrapuestos en el CC para significar obligaciones de dar y de hacer respectivamente. Junto a lo anterior, las «cosas» y los «servicios» se regulan como objeto de los contratos<sup>49</sup> así como objeto de obligaciones o prestaciones<sup>50</sup>. Sin embargo, «hacer alguna cosa» no implica exclusivamente la fabricación de un objeto material, ya que puede implicar también el llevar a cabo una acción<sup>51</sup>. Existen servicios del todo punto inmateriales que no producen ninguna entidad material como resultado de la acción o que, en su desenvolvimiento, ni siquiera precisan medios materiales<sup>52</sup>. Sin embargo, el acto de «dar una cosa» necesita una entidad material como complemento. En otras palabras, las «cosas» y los «servicios» aparecen confrontados en el CC desde el punto de vista del objeto de la obligación - obligaciones de dar frente a obligaciones de hacer- y del objeto del contrato como determinante del tipo contractual -contratos de transmisión de la propiedad frente a contratos de prestación de servicios-. Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse presente que determinadas obligaciones de hacer contienen en su objeto a las «cosas», con diferente función o utilidad; y que en algunos contratos donde el objeto que delimita el tipo consiste en una actividad, la prestación debida puede recaer sobre una «cosa» o incluirla en su objeto.

#### 2.1.3.2.2 *Obligación de medios frente a obligación de resultado*

---

<sup>48</sup> VILLANUEVA LUPIÓN, C. *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, edición 1ª, editorial La Ley, Madrid, 2009.

<sup>49</sup> E. g. artículos 1.254 CC, 1.271 CC, 1.272 CC y 1.546 CC.

<sup>50</sup> E. g. artículos 1.100.2 CC, 1.135.2 CC y 1.150 CC.

<sup>51</sup> SANCHO REBULLIDA, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones, parte general. Teoría general del contrato*, edición 2ª, revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Madrid, 2000, p. 50.

<sup>52</sup> MUCIUS SCAEVOLA, Q. *Código Civil, T. XIX, De las obligaciones*, edición 2ª, revisada y puesta al día por MARÍN PÉREZ, P., Madrid, 1957, p. 469.

El contrato de servicios es considerado como una actividad sin producción, lo que no significa que esta no sea útil o productiva, sino que implica una actividad que no exige la consecución de un resultado, que puede ser un nuevo objeto del Derecho o no y que puede revestir tanto una naturaleza inmaterial o material. Supone, por tanto, una obligación de medios. Se entiende por obligación de medios, también denominada de prudencia y diligencia, aquella en la cual la prestación consiste en el desarrollo de una conducta diligente que permita al cliente la obtención del resultado esperado al contraer la obligación; resultado que, sin embargo, no está *in obligatione* por no estar incluido en el alcance comprometido y porque depende de circunstancias fuera de la esfera de control del prestador. Por tanto, la consecución del resultado no es imprescindible para que el prestador quede liberado de su obligación contractual, ya que sólo está obligado a actuar de forma diligente y, por ende, si no se obtiene el resultado, el cliente no tendrá base para alegar un incumplimiento de la obligación por parte del prestador si este ha cumplido con su prestación.

La doctrina y la jurisprudencia admiten, de forma mayoritaria, que el contrato de obra, por su parte, se refiere tanto a la creación y/o modificación de una cosa así como a la producción de un resultado concreto en virtud de la prestación de un servicio<sup>53</sup>. Implica, de esta forma, una obligación de resultado. La obligación de resultado exige al prestador la obtención de un resultado pactado con el cliente *in obligatione*. Así, el cumplimiento de la obligación por el prestador estará ligado a la consecución del resultado acordado. En ocasiones, las obligaciones de resultado incluyen, adicionalmente, una obligación de garantía, por la cual el prestador se obliga, en relación al resultado, a una serie de garantías expresas, enunciadas explícitamente, referidas a la calidad y/o funcionamiento del resultado o a cualesquiera otras que pudieran acordar las partes.

---

<sup>53</sup> LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al art. 1588 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XX, vol. 2.º, arts. 1583 a 1603, ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), Madrid, 1986, pp. 213-214.

*A priori*, resulta complejo categorizar si las obligaciones incluidas en un contrato de *outsourcing* serán de medios o de resultado. A pesar que, en gran parte, la naturaleza de la obligación dependerá de la voluntad de las partes en el momento de acordarla, no debe olvidarse que ello tendrá como límite modificaciones o exclusiones en la naturaleza de las obligaciones legales que tengan carácter imperativo. Así, las partes no pueden denominar un contrato de forma contraria a su naturaleza real -e. g. calificando un contrato de ejecución de obra como de arrendamiento de servicios, con la finalidad de evitar un posible incumplimiento a futuro por no haber incluido expresamente en el mismo la obligación del prestador de obtener un resultado específico-. Recuérdese que resulta irrelevante, desde un punto de vista jurídico, la calificación que las partes den a un contrato; esto es, en expresión clásica, los contratos son lo que son y no lo que las partes dicen que son -también conocido como el principio de irrelevancia del *nomem iuris*<sup>54</sup>-.

### 2.1.3.3 Modalidad de *outsourcing* como elemento definitorio de su naturaleza jurídica

#### 2.1.3.3.1 *Outsourcing como arrendamiento de servicios*

En lo que relativo a su naturaleza jurídica, el contrato de *outsourcing* podría ser catalogado como un arrendamiento de servicios, donde el prestador se obliga a ejecutar para el cliente un servicio informático a cambio de un precio cierto<sup>55</sup>. El hecho que el precio incluido en el contrato sea únicamente estimado, habiéndose tomando como referencia el esfuerzo considerado por el prestador en función de la demanda esperada y pudiendo este variar en función de la demanda real durante la

---

<sup>54</sup> Así, e. g., la STS, de 12 de junio de 1979, establece, tras el análisis conjunto de las distintas cláusulas que conforman el contrato, que los contratos son lo que son y «no lo que reflejan los términos empleados contradictorios con el contenido de derechos y obligaciones de la relación jurídica creada».

<sup>55</sup> *Vid.* artículo 1.544 CC.



vigencia del contrato, no debe considerarse un inconveniente para considerarlo como un arrendamiento de servicios. De hecho, esa es la forma de determinar la contraprestación económica a recibir por el prestador en la mayoría de los servicios de *outsourcing* referidos al mantenimiento de aplicaciones informáticas -e. g. soporte funcional, mantenimiento correctivo, preventivo y evolutivo- o a la gestión de infraestructuras -e. g. operación y monitorización, técnica de sistemas, administración de bases de datos, gestión de almacenamiento y copias de seguridad-, donde la demanda del cliente variará en función de número de aplicaciones y equipos sobre los que se prestarán los servicios de mantenimiento y/o gestión.

Sin embargo, esta postura ha sido criticada<sup>56</sup>, y estoy conforme, ya que aunque es cierto que un *outsourcing* global simple sin transferencia de activos -limitado exclusivamente a la gestión de los sistemas informáticos del cliente- podría caer en la categoría de arrendamiento de servicios, lo cierto es que cuando se trata de *outsourcing* más complejos -con creación de sociedades intermedias, transferencia de activos y/o desarrollo de aplicaciones- esto implica también la formalización de contratos de naturaleza distinta a la de un mero arrendamiento de servicios, como pudiera ser de compraventa, de obra, etc.

#### 2.1.3.3.2 *Outsourcing como ejecución de obra*

No deja de ser cierto que determinadas modalidades o líneas de servicio incluidas en un contrato de *outsourcing* podrían tener naturaleza jurídica de ejecución de obra si así lo acordasen las partes. Un ejemplo de ello sería el denominado servicio «llave en mano», considerado jurídicamente como un subtipo

---

<sup>56</sup> APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, pp. 70-71.

del contrato de obra<sup>57</sup> en el que el prestador ejecuta la tarea y aporta el material necesario para ello. La implantación y puesta en producción de un portal web o un SAP<sup>®</sup> y/o el desarrollo de un gran evolutivo al amparo de un mantenimiento de aplicaciones informáticas pudieran ser ejemplos en los que cliente y prestador acordasen una obligación de resultado según las circunstancias concretas de cada servicio<sup>58</sup>.

Sin embargo, con carácter general y debido a la enorme dependencia que tiene el prestador de elementos que escapan a su esfera de control, -e. g. la correcta definición de las necesidades por parte del cliente, el conocimiento de los usuarios del cliente, la compatibilidad e interoperabilidad de los componentes desarrollados con las aplicaciones y sistemas del cliente- no parece acertado considerar el *outsourcing* como un contrato de obra con obligación de resultado para el prestador. De hecho, esta es una de las razones por las que el prestador insiste en que el catálogo de sus obligaciones serán las que se reflejen en el contrato, evitando comprometerse a que el producto resultado de su desarrollo satisfaga las exceptivas originales en virtud de las cuales el cliente le contrató, sino únicamente a que cumplirá con los requisitos y especificaciones técnicas y funcionales incluidas en el contrato.

En opinión de J. P. APARICIO<sup>59</sup>, una obligación sólo podría calificarse de resultado «cuando las necesidades del cliente han quedado definidas de la forma más objetiva posible, de manera que sea posible asimilar la satisfacción del interés

---

<sup>57</sup> Vid. artículos 1.588 y ss. CC. Vid. GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C. *La contratación en materia informática*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 2, 1992, p. 1.053.

<sup>58</sup> RAMÍREZ IGLESIAS, J. *El status negocial de los programas de ordenador: contratos software*, Informática y Derecho, Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho, UNED-Centro Regional de Extremadura, vol. II, Mérida, 1996, p. 1.111.

<sup>59</sup> APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, pp. 40-41.

del cliente al ajuste del producto no tanto a las expectativas de este en relación a su utilización dentro de su organización y estrategia cuanto a su naturaleza y a la función para la que ha sido diseñado, y teniendo en cuenta que no es posible asegurar un funcionamiento sin ningún fallo. El cliente participa muy activamente en la consecución de ese resultado a través de la exposición de las necesidades y expectativas de la empresa, así como del requerimiento de determinadas funcionalidades en el programa a crear o servicio a desarrollar. Estos son los únicos extremos que un prestador puede garantizar realmente en una relación de este tipo, de ahí la importancia del deber de colaboración exigible también al cliente en la definición de sus propias necesidades. Sobre estas bases puede pactarse, más que un resultado, la determinación de un estándar de funcionamiento de los sistemas o programas, o de prestación de los servicios contratados». Una forma de medir el cumplimiento por el prestador de ese estándar es incluir en el contrato niveles de calidad acordados *ad hoc* para el servicio que se trate.

#### 2.1.3.3.3 *Outsourcing como un contrato atípico*

Si se entiende que el contrato de *outsourcing* no es un contrato de arrendamiento de servicios ni tampoco consiste en una ejecución obra *per se*, la alternativa sería clasificarlo como un contrato atípico<sup>60</sup>, complejo, por incluir en su objeto prestaciones propias del contrato de arrendamiento de servicios y de ejecución de obra<sup>61</sup>. En un mismo contrato de *outsourcing*, como se ha visto,

---

<sup>60</sup> Sobre los contratos atípicos y complejos, *vid.*, entre otras, las siguientes obras: LÓPEZ FRÍAS, A. *Los contratos conexos. Estudio de supuestos y ensayo de una construcción doctrinal*, editorial Bosch, Barcelona, 1994; DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, M<sup>a</sup>. D. *Los contratos atípicos*, Actualidad Civil, nº 16, 1998, pp. 345-362; CASTRO LUCINI, F. *Los negocios jurídicos atípicos*, Revista de Derecho Notarial. 1974, pp. 7-34; DE ROVIRA MOLA, A. "Voz: Contrato complejo", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. V, (Dir.) MASCAREÑAS, C. E., Seix Editor, Barcelona, 1983; FRANCOS AVELLANAL, E. *Contratos complejos. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial*, Actualidad Civil, 1993, pp. 361-374; JORDANO, J. B. *Los contratos atípicos*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1953.

<sup>61</sup> Conviene aclarar que el carácter atípico no viene marcado por tratarse de una figura contractual novedosa, sino por la complejidad que supone la mezcla de servicios de distinta naturaleza en un mismo documento contractual, asumiendo el prestador en ocasiones obligaciones de medios y/o de

pudieran incluirse servicios de mantenimiento de aplicaciones en los que el prestador asuma una obligación de medios, y el desarrollo o implantación de una aplicación informática en una fecha conforme a las especificaciones pactadas para el que se pacte una obligación de resultado.

Sin embargo, calificar el *outsourcing* como un contrato atípico aplicaría únicamente a aquellos procesos de *outsourcing* global transmisivo y no a otras modalidades, quizás más sencillas.

#### 2.1.4 Normativa aplicable

Como consecuencia de los distintos ámbitos afectados por el contenido del contrato y el tipo de servicios que se prestan, la normativa que resulta de aplicación al *outsourcing* no se limita a la estrictamente mercantil y, por extensión, civil, sino que habrá de tomarse en consideración un amplio espectro de normas sectoriales específicas -e. g. normativa sobre protección de datos, propiedad intelectual y laboral. Conviene aclarar que la aplicación de las disposiciones normativas dependerá, de forma determinante, de la Ley aplicable al contrato de prestación de servicios de *outsourcing*. Se parte de la premisa, para todo lo establecido en el presente trabajo, que rige la legislación española<sup>62</sup>.

---

resultado dependiendo del servicio que preste. Vid. LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra*, (Coor.) GONZÁLEZ GARCÍA, J., Universidad de Jaén, Jaén, 1996, pp. 35 y ss. Si, por el contrario, la operación económica respondiese a múltiples causas se estaría ante una unión de contratos. Vid. LÓPEZ FRÍAS, A., *op. cit.*, pp. 278-281.

<sup>62</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 184-185.

---

## 2.2 Documentos previos a la formalización del contrato

### 2.2.1 Acuerdo de confidencialidad

Antes de intercambiar cualquier tipo de información confidencial sobre el negocio de cada uno de los contratantes, es aconsejable que estos suscriban un acuerdo de confidencialidad para que la parte que desvele información se encuentre protegida frente a una posible revelación no consentida de información sensible por la parte que recibió la información.

Se puede considerar como información confidencial toda aquella información, ya sea oral o escrita, técnica, comercial, económica o de cualquier otro tipo, referida aunque no limitada, a información sensible y/o valiosa<sup>63</sup> así como los secretos empresariales<sup>64</sup>.

Las obligaciones contenidas en relación a la protección de la información confidencial que revele una parte a la otra no resultarán de aplicación si la parte que recibiera la información confidencial pudiera demostrar alguno de los siguientes extremos: (i) que en el momento en que le fue facilitada ya era de dominio público; (ii) que tras recibirla, esta pasó a formar parte del dominio público; (iii) que ya se encontraba en poder de la parte receptora en el momento en que le fue divulgada y no estaba sujeta a una obligación de confidencialidad preexistente; (iv) que después de haberla recibido le fue entregada también por un tercero legalmente autorizado a divulgar dicha información y sin obligación de confidencialidad alguna;

---

<sup>63</sup> E. g. operaciones comerciales, situación financiera, clientes, proveedores, productos, servicios y conocimientos técnicos. La información confidencial no debe confundirse con los datos de carácter personal, que suelen aparecer definidos y regulados de forma separada en el contrato.

<sup>64</sup> Dentro del llamado secreto empresarial se incluyen secretos industriales y comerciales. La protección del mismo, junto a la de determinadas ideas, procedimientos y/o productos, es un aspecto crucial para las empresas. *Vid.* GÓMEZ SEGADE, J. A. "Voz: secreto industrial" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, editorial Civitas, Madrid, 1995, p. 6.085.

o (v) que fue desarrollada de manera independiente por la parte que la recibió sin hacer uso de la información confidencial de la parte que se la divulgó.

Sin embargo, es recomendable exceptuar del deber de confidencialidad la posible revelación de la citada información confidencial a auditores y otros asesores profesionales o reguladores de la parte receptora, así como a organismos públicos o juzgados. En este sentido, las partes podrán revelar la información confidencial recibida en el supuesto que se les requiera revelarla en virtud de mandato legal, por resolución judicial o solicitud de una entidad de carácter administrativo, económico o de otro tipo. Sin embargo, antes de proceder a dicha revelación, suele establecerse la obligación de informar a la mayor celeridad a la otra parte -en la medida en que pueda legalmente hacerlo-, para que esta última adopte las medidas que considere oportunas para prevenir o limitar el alcance de dicha revelación.

El deber de confidencialidad sobre la información confidencial que reciba cada parte de la otra deberá mantenerse el tiempo que se pacte.

En virtud de lo mencionado, en el acuerdo de confidencialidad deberán establecerse los términos y condiciones bajo los que las partes mantendrán la confidencialidad de cualquier información confidencial recibida. Entre otros, las partes deben obligarse a: (i) mantener en todo momento el secreto y la confidencialidad de la información confidencial recibida, así como a no revelar la misma a terceras partes sin contar con el consentimiento previo, expreso y por escrito de la parte que reveló la información; (ii) no utilizar la información confidencial para cualquier propósito distinto al recogido en el acuerdo; (iii) conservar y custodiar la información confidencial con la mayor de las diligencias, empleando el máximo empeño en prevenir la filtración de la misma; (iv) llevar un registro de toda la información confidencial recibida de la contraparte en el que se detalle el lugar y/o soporte en el que la misma es custodiada; (v) limitar la

distribución de la información confidencial, dentro de su propia organización, al personal cuyo puesto de trabajo justifique la necesidad de conocerla, teniendo en cuenta que debe exigirse un claro compromiso a las personas involucradas de mantener la obligación de secreto y uso restringido de tal información; (vi) indemnizar a la contraparte frente a cualquier daño o perjuicio, pérdida, coste o cualquier otra obligación de pago -inclusive la derivada de los honorarios legales y costas procesales- que surja como resultado del uso, utilización, divulgación o cesión a terceros no autorizados de la información confidencial.

Adicionalmente, en cualquier momento a petición de la parte que reveló la información confidencial, así como una vez terminada la relación comercial objeto del acuerdo, la contraparte deberá: (i) devolver o destruir todas las copias que de la información confidencial hubieran realizado, (ii) destruir todos los análisis, recopilaciones, estudios y otros documentos que contuvieran o reflejaran información confidencial o hubieran sido elaborados partiendo de la misma, así como todas las copias de los mismos; y (iii) borrar de todos los sistemas informáticos y otros soportes la información confidencial de la contraparte que estos pudieran almacenar. Asimismo, se podrá solicitar la entrega de un certificado, firmado por persona con poder suficiente para hacerlo, en el que se haga constar que se ha cumplido con las obligaciones de devolución y/o destrucción de la información confidencial recibida.

### **2.2.2 Acuerdo de intenciones**

En el supuesto que el cliente y el prestador estén en disposición de iniciar la negociación del contrato definitivo no parece necesario un acuerdo de intenciones previo sobre los principios que regirán la negociación. Sin embargo, en ocasiones, es necesario formalizar el citado acuerdo con la finalidad de sentar las bases y principios del servicio antes de iniciar la negociación del contrato definitivo. Lo habitual es que este documento no sea vinculante desde un punto de vista legal o, al menos, no en su totalidad.

En él se incluyen los aspectos comerciales que se hubieran acordado así como los principios que, a grandes rasgos, deberán regir la relación contractual entre las partes y que, por ende, serán incorporados en el futuro contrato de *outsourcing*. Un aspecto a reflejar, de gran importancia para el prestador, es el compromiso del cliente de no iniciar conversaciones con empresas competidoras del prestador durante las negociaciones que se van a iniciar o durante el plazo que se acordase con el cliente. Y ello como contraprestación a la inversión que este realizará para alcanzar un acuerdo con el cliente. Junto a ello, se deberán establecer las consecuencias -si las hubiere- que resultarán de aplicación en el supuesto que, tras el periodo de tiempo acordado, las partes no hubieran perfeccionado el contrato de *outsourcing* definitivo.

Salvo que las partes hubieran suscrito un acuerdo de confidencialidad previo, el acuerdo de intenciones suele contener, asimismo, una obligación de confidencialidad respecto a la información que será intercambiada por las partes durante las negociaciones. Y ello porque, en determinadas ocasiones, las negociaciones no conducen necesariamente a la formalización del contrato definitivo.

### **2.2.3 Acuerdo de colaboración para la presentación conjunta de oferta por dos prestadores**

En determinadas ocasiones, cuando un cliente presenta una RFP al mercado para la recepción de ofertas, puede darse el caso que dos compañías tengan capacidades complementarias para prestar el servicio demandado. Si fuera ese el supuesto, es habitual que ambos prestadores, con carácter previo a la presentación de oferta vinculante al cliente, formalicen un acuerdo de colaboración. En el mismo se suelen recoger, junto a las cláusulas habituales incluidas en los contratos, entre otros, los siguientes extremos.



En primer lugar, la identificación de la RFP y la intención de ambos prestadores de acudir en colaboración a la misma, incluyendo una cláusula en la que ambas partes se obliguen a no presentar oferta distinta en relación a la oportunidad concreta a la que licitan conjuntamente -ni de forma individual ni en colaboración con terceros-.

Es habitual que cada parte asuma, por su propia cuenta y cargo, el coste y los gastos que se deriven de la elaboración de su propuesta y que cada una responda de los riesgos y responsabilidades en los que incurra en relación con sus obligaciones derivadas del acuerdo de colaboración. Todo ello de conformidad con cláusula restrictiva de responsabilidad que las partes pudieran acordar.

Adicionalmente, deberá identificarse, en el supuesto que resultasen adjudicatarias del servicio, quién adoptará el rol de contratista principal y quién el de subcontratista. El que vaya a ser el contratista principal será el obligado a presentar la propuesta al cliente y suele ser el encargado de coordinar y aprobar la documentación que integre la misma. Para ello, la empresa que adopte el rol de subcontratista deberá preparar una propuesta y remitírsela al contratista principal para que este la integre en su propuesta comercial y técnica. Por supuesto, será necesario regular la obligación recíproca de confidencialidad respecto a la información sensible que pudieran intercambiarse en el proceso de preparación de la oferta al cliente.

En relación a la duración, es habitual pactar que el acuerdo entre en vigor en la fecha en que se suscribe y que termine cuando concurra alguna de las circunstancias indicadas a continuación: (i) que transcurra el plazo de tiempo pactado por las partes -suele ser entre tres y doce meses desde la formalización del acuerdo de colaboración- sin que el cliente hubiera adjudicado el servicio al contratista principal; (ii) que cualquiera de las partes incumpla alguna de las obligaciones esenciales incluidas en el acuerdo de colaboración; (iii) que el cliente

rechace la propuesta del contratista principal; (iv) que el cliente anuncie la cancelación del concurso; o (v) si, como consecuencia de la adjudicación al contratista principal, se perfecciona el contrato entre el contratista principal y el subcontratista.

Si se adjudica el servicio al contratista principal, este deberá formalizar un contrato con el subcontratista. Este suele basarse en los términos y condiciones contractuales pactadas entre cliente y contratista principal, por lo que el subcontratista deberá tener acceso a aquellos aspectos que le pudieran afectar en su relación contractual con el contratista principal. Asimismo, es importante que si el cliente propone alguna modificación al contratista principal y esta afectara al subcontratista, el contratista principal obtenga previamente la aprobación expresa por escrito de este antes de comprometerle.

#### **2.2.4 Acuerdo provisional**

En ocasiones, tras la aceptación por el cliente de la propuesta presentada por el prestador, debido a la urgencia para comenzar con el servicio, las partes pudieran formalizar un acuerdo interino mientras negocian los términos y condiciones contractuales que regularán la relación hasta la formalización del contrato definitivo.

En el citado acuerdo interino, las partes suelen incluir la obligación del prestador de iniciar el servicio, de conformidad y en cumplimiento con lo dispuesto en el acuerdo, y la obligación del cliente de abonar la contraprestación económica pactada. En relación a esto último, es habitual que se acuerde, asimismo, que los importes que se abonen de conformidad con acuerdo provisional se descuenten de aquellas cantidades que debieran abonarse en virtud del contrato definitivo. Al citado acuerdo provisional suele adjuntarse la propuesta de prestador y, en caso de

existir, la carta del cliente en la que formaliza la adjudicación del servicio al prestador.

Es habitual que se establezca un plazo máximo para la formalización del contrato definitivo y si, por cualquier razón, este no llegara a perfeccionarse en dicho plazo, las partes podrán, bien prorrogar la vigencia del acuerdo provisional y continuar las negociaciones o bien cesar en la negociación, finalizando la prestación del servicio y abonando el cliente los servicios que hubiera recibido hasta ese momento. Las anteriores consecuencias pudieran pactarse, igualmente, si en virtud del contrato provisional se superase un importe de facturación por el prestador al cliente previamente pactado.

---

## **2.3 Cláusulas del contrato de *outsourcing***

### **2.3.1 Introducción**

En el presente apartado se analizan los distintos aspectos que deberán articularse en un contrato que regule la prestación de servicios de *outsourcing* global con desarrollo de aplicaciones informáticas como parte de las tareas a realizar por el prestador, transmisión de activos informáticos y de personal desde el cliente al prestador. Sirva, al menos, para identificar aquellos aspectos jurídicos que cobran una mayor relevancia a la hora de redactar un contrato, de forma que puedan estos regular con el mayor detalle posible todos aquellos aspectos esenciales que deben ser abordados en este contexto.

Lo esencial es diseñar un contrato que contenga derechos y obligaciones equilibrados para ambas partes, en el que ninguna de ellas se encuentre en una situación de inferioridad evidente. Sin perjuicio de lo anterior y dependiendo de las circunstancias específicas de cada relación, las partes deberán hacer más hincapié en unos aspectos y, quizás, no resulte necesario regular otros. Cada contrato de *outsourcing* es único y, como tal, su regulación contractual deberá adaptarse a él.

El contrato de *outsourcing* se divide, generalmente, en dos partes fundamentales: el cuerpo del contrato y los anexos. El cuerpo del contrato contendrá las cláusulas típicas de carácter general, imprescindibles para la configuración y validez de la relación entre el cliente y el prestador. Los anexos, por su parte, complementan el cuerpo del contrato con el detalle y las especificaciones particulares, formando parte del contrato a todos los efectos. Sin embargo, en ocasiones la complejidad técnica a incluir en los anexos obliga a una colaboración estrecha entre el equipo con perfil técnico tanto del cliente como del prestador para su redacción, junto a la revisión por el equipo jurídico de ambas partes con experiencia en los aspectos legales del *outsourcing*.

Con esta división entre cuerpo del contrato y anexos se persigue simplificar la comprensión y organización del contrato en su conjunto. Y, al mismo tiempo, se facilita su posible futura interpretación, ya sea por los contratantes o por un tercero ajeno a la relación negocial -e. g. un Tribunal, árbitro, mediador o auditor- que tuviera que decidir sobre el significado de alguna de las cláusulas, sobre la intención de las partes o sobre el cumplimiento o no de las obligaciones incluidas en el contrato.

### **2.3.2 Identificación de los contratantes y parte expositiva**

El contrato de *outsourcing* comenzará con la necesaria identificación de los contratantes y de sus representantes, incluyendo una referencia a los datos de la escritura de apoderamiento así como una declaración expresa de las partes de que este se encuentra vigente a la fecha de suscripción del contrato.

Aunque, tal y como se ha indicado, en los contratos rige el principio de autonomía de la voluntad y la libertad de forma, lo cierto es que es costumbre que tras la identificación de las partes se incluya una parte expositiva que contenga, entre otros extremos, los siguientes: (i) una breve referencia a la actividad

empresarial de cada una de las partes; (ii) la necesidad del cliente de recibir los servicios incluidos en el contrato y el interés del prestador en ofrecérselos; (iii) las razones que han llevado a las partes a formalizar el contrato, lo cual pudiera resultar de enorme utilidad para interpretar el contrato a futuro y conocer la verdadera intención de las partes al contratar, si resultase necesario. Siguiendo a M. A. DAVARA<sup>65</sup>: «[...] es de interés establecer claramente el negocio jurídico en el cual luego, de acuerdo con la teoría general para ese negocio en el ordenamiento, se pueda subsumir el caso e interpretar el contrato».

Tras la identificación de los contratantes y la parte expositiva, las partes acuerdan mediante una declaración las condiciones a las que se verán sometidas sobre la base de las cláusulas que, por lo general, se incluyen inmediatamente después. A los efectos de perfeccionar el contrato, el representante de cada una de las partes suele plasmar su firma en la última página del cuerpo del contrato y de cada uno de los anexos, así como una firma resumida o visé<sup>66</sup> en todas las páginas del contrato.

### 2.3.3 Definiciones

Tras la introducción de los contratantes y la parte expositiva, en contratos con un cierto grado de complejidad, es habitual que se incluya un apartado inicial de definiciones en el que se clarifiquen aquellos conceptos, términos, palabras o expresiones que se incluirán en el texto del contrato. Inclusive, es común realizar una referencia cruzada a un anexo en el que, de forma más extensa, se reflejen tales definiciones.

---

<sup>65</sup> DAVARA RODRÍGUEZ, M. A., *op. cit.*, p. 286.

<sup>66</sup> Los representantes de las empresas que, de forma frecuente, se ven obligados a firmar, suelen desarrollar una firma resumida o «visé», que contiene trazados de gran espontaneidad y soltura.

Durante la exposición del presente trabajo utilizan y explican numerosos términos, alguno de los cuales es habitual que se utilicen también en los contratos de *outsourcing* -e. g. activos, ANS, ASP, BPO, cambio, CPD, CRM, entregable, línea base, plan de reversión y QA-.

### **2.3.4 Objeto del contrato**

#### **2.3.4.1 Ámbito objetivo**

##### **2.3.4.1.1 *Servicios incluidos en el alcance***

En un contrato de *outsourcing*, su objeto, aunque amplio, debe ser cierto, detallado y conforme con las leyes y las buenas costumbres<sup>67</sup>. La generalidad de las funciones que suelen externalizarse al prestador -e. g. todas o parte de sus operaciones informáticas y la gestión, mantenimiento y evolución de sus aplicaciones informáticas-, hace complicado detallar las tareas a realizar por cada una de las partes. Sin embargo, aunque difícil, esta tarea es crítica y la definición del servicio incluido en el alcance del contrato deberá ser lo más detallada posible. Una descripción ambigua o con la falta de detalle necesario puede ocasionar futuros conflictos entre las partes -bien porque el cliente exija al prestador tareas que, en opinión de este último, exceden las que entendía que debía realizar en virtud del contrato o bien porque el cliente entienda que está recibiendo el prestador un servicio de alcance menor al realmente contratado-. Por todo lo anterior, es importante dedicar a la redacción del contrato el tiempo necesario.

Con la intención de conseguir claridad en el alcance del servicio, es práctica casi unánime describir de forma general en el cuerpo del contrato los servicios

---

<sup>67</sup> Vid. artículo 1.271 CC.

objeto del mismo y realizar una referencia cruzada a los anexos del contrato, en los cuales se plasmará la descripción detallada los mismos<sup>68</sup>.

Un anexo de alcance exhaustivo facilita, así mismo, la tarea de gestión de cambios de alcance del contrato a la que, casi con total seguridad, las partes deberán recurrir durante su vigencia para adaptar este a las necesidades que el cliente requiera en cada momento.

En el anexo se deberán incluir, al menos, la distribución de tareas a realizar por el prestador y por el cliente -también denominada matriz de asignación de responsabilidades- y la planificación, gestión y ejecución del servicio. Asimismo, deberá detallarse la línea base del volumen estimada para cada línea de servicio -e. g. operación, gestión, mantenimiento y desarrollo. De resultar aplicable, será necesario incluir una descripción detallada de los distintos proyectos de tecnología que pudieran estar incluidos en el alcance del contrato, servicios de formación, etc.

Uno de los puntos que suele causar cierta fricción entre los contratantes es el relativo al cumplimiento de la normativa aplicable. En ocasiones, el cliente solicita al prestador cumplir, durante la vigencia del contrato, con la normativa que resulta de aplicación al cliente. Sin embargo, en mi opinión, lo cierto es que el prestador no tiene que conocerla, tratándose de una exigencia que excede el alcance de lo que se considera razonable externalizar, debiendo ser el cliente el único obligado a verificar que el servicio proporcionado por el prestador cumple las obligaciones legales y regulatorias de la actividad del cliente<sup>69</sup>. Distinto es que el cliente obligue al prestador a cumplir con las normas que rigen la ejecución y desarrollo de las actividades que le resultan de aplicación como prestador de servicios de tecnología

---

<sup>68</sup> APARICIO VAQUERO, J. P., *op. cit.*, p. 92.

<sup>69</sup> E. g. las obligaciones relativas a sus finanzas y contabilidad, medio ambiente, salud y seguridad de sus empleados y/o sus instalaciones, así como aquellas que aplican al cliente en su capacidad de proveedor de productos y servicios en su correspondiente industria o área de actividad.

de la información, así como las relativas al medio ambiente, a la salud y seguridad de su personal y/o de sus instalaciones o a la protección de datos de carácter personal -en su rol de encargado de tratamiento de los ficheros del cliente-.

Adicionalmente, debe evitarse la inclusión de cláusulas generalistas y sin el rigor requerido que supongan un cajón de sastre -en inglés, conocidas como *sweep clauses*-. Un ejemplo de *sweep clause* pudiera ser incluir en el contrato la mención expresa a que si algunos servicios, funciones o responsabilidades no expresamente descritos en el mismo resultaran ser inherentes o vinieran necesariamente requeridos como parte de su objeto -aunque aquellos no aparecieran expresamente recogidos en el contrato- deberán ser ejecutados por el prestador.

La aplicación de un conjunto de métodos, técnicas, modelos, sistemas, guías, recomendaciones, procedimientos o prácticas consensuado previamente por las partes proporciona indudables beneficios, a pesar del coste y esfuerzo necesario para su adopción. En *outsourcing* complejos es muy recomendable la correcta aplicación de una metodología durante el ciclo de vida del servicio.

#### 2.3.4.1.2 *Servicios excluidos del alcance*

En ocasiones se incluye, con idéntico objetivo de definir al detalle los servicios objeto del contrato, el listado de servicios que se encuentran excluidos de su alcance. Aunque, ciertamente, esto puede suponer un inconveniente más que una ayuda, ya que las partes podrán interpretar a futuro, de forma distinta, qué ocurre con aquellos servicios que no están ni en el listado de servicios incluidos ni en el de servicios excluidos. Por ello, e independientemente de si se incluye un listado de servicios excluidos o no, para evitar este conflicto a futuro resulta recomendable incluir una declaración expresa en la que las partes acuerden que



los servicios que no estén expresamente en el listado de servicios incluidos en el alcance no formarán parte del contrato.

#### 2.3.4.2 Ámbito subjetivo

Desde un punto de vista subjetivo, las partes de un contrato de *outsourcing* son, por un lado, el cliente y, por otro, el prestador, ambas empresas<sup>70</sup>. Como se ha visto al analizar la naturaleza jurídica del contrato de *outsourcing*, la relación entre las partes es *intuitu personae*, por lo que el prestador no deberá subcontratar ni parcial ni totalmente la actividad que se le externalice si no recibe el consentimiento previo para ello<sup>71</sup>, pudiendo suponer el incumplimiento de esta previsión una causa, *per se*, que otorgue la facultad al cliente de resolver el contrato si con ello se frustra la finalidad por la que el cliente entró en la relación contractual.

Junto a lo anterior, el que alguna de las partes hubiera revelado información falsa por error o mediando dolo respecto a sus cualidades y/o actitudes pudiera ser considerado un vicio que invalide el consentimiento otorgado por la parte que lo hubiera sufrido, con la consecuencia de la nulidad del contrato formalizado<sup>72</sup>. Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo<sup>73</sup>. Para que el dolo produzca la nulidad de los contratos deberá ser grave

---

<sup>70</sup> El prestador deberá ser una sociedad jurídicamente independiente del cliente. *Vid.* MARTÍN FLÓREZ, L. *Outsourcing y teletrabajo: consecuencias jurídico laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo*, Revista Española del Derecho del Trabajo, nº 71, 1995, p. 405.

<sup>71</sup> *Vid.* artículo 1.161 CC.

<sup>72</sup> *Vid.* artículo 1.265 CC, en su relación al 1.266 CC -para el vicio consecuencia de error- y 1.270 CC -para el vicio consecuencia de dolo-.

<sup>73</sup> *Vid.* artículo 1.266 CC.

y no haber sido empleado por las dos partes contratantes. El dolo incidental sólo obliga, al que lo empleó, a indemnizar daños y perjuicios<sup>74</sup>.

Dependiendo de los servicios que el cliente decida externalizar, en ciertas ocasiones el contrato suele incorporar a varias compañías ocupando el rol de prestadores de servicios. En estos supuestos será muy relevante para estas no responder ni solidaria ni mancomunadamente de los posibles incumplimientos contractuales que pudieran producirse, prefiriendo asumir cada parte la responsabilidad que pudiera derivarse del incumplimiento de las tareas por esta asumida, sin extenderse la citada responsabilidad a los posibles incumplimientos de prestadores ajenos a él. Así, resulta imprescindible realizar correctamente la matriz de asignación de responsabilidades no sólo entre el cliente y el prestador sino también entre los distintos prestadores para, de esta forma, delimitar las funciones de cada uno así como la posible responsabilidad derivada de incumplimientos.

#### 2.3.4.3 Asunciones esenciales y revisión de condiciones

Debido a la dificultad que supone verificar la exactitud e integridad de los datos que se han tomado como base para el *business case* finalmente plasmado en el contrato, es conveniente incluir el listado exhaustivo de las premisas, hipótesis y/o asunciones que se han evaluado para la redacción del contrato.

De esta forma, en el supuesto que, una vez iniciado el servicio, se comprobase que alguna de las hipótesis es inexacta, incompleta o no se correspondiera con la realidad y ello impactase en la prestación del servicio, las partes deberán adoptar -vía procedimiento de gestión de cambios- las medidas que fueran necesarias para adaptar el contrato a la realidad encontrada, tomando como

---

<sup>74</sup> Vid. artículo 1.270 CC.

referencia las premisas, hipótesis y/o asunciones en él incluidas. El procedimiento de ajuste descrito es conocido en el mundo anglosajón como *true-up*.

Para llevar a cabo esta tarea de comprobación, el cliente deberá proporcionar aquellos documentos, informes e información adicional que fuera razonablemente necesaria para acometer dicha tarea de verificación. Las partes cooperarán entre sí y negociarán de buena fe los cambios que deban implementarse como consecuencia de las incoherencias encontradas. En el supuesto que los contratantes no alcanzasen un acuerdo respecto a los cambios a incluir en un plazo razonable pactado por las partes previamente y siempre que estas así lo hubieran acordado, ello pudiera suponer la terminación del contrato por justa causa.

### **2.3.5 Vigencia y renovaciones**

#### **2.3.5.1 Plazo de vigencia inicial**

Al tratarse de un contrato de *tracto sucesivo* y como característica inherente a este, la relación negocial se origina con la vocación de perdurar el periodo de tiempo que las partes estimen oportuno, pudiendo formalizarse acuerdos de sólo dos o tres años hasta incluso diez años o más. Las partes deberán acordar una fecha de inicio para la prestación de servicio así como una fecha para su finalización. Independientemente de que el plazo de vigencia expire, las partes seguirán vinculadas por aquellas obligaciones recogidas en el contrato respecto de las cuales se deduzca o se establezca una vigencia o duración superior a la del propio contrato en los términos que, para cada una de las obligaciones, se establezca. El periodo de vigencia del contrato es, por tanto, una decisión empresarial: un plazo más prolongado pudiera dar más seguridad a la propia relación negocial y facilitar la obtención de mayores ahorros, mientras que una más

corta podría aportar una mayor facilidad de desvinculación del *outsourcing* para ambas partes<sup>75</sup>.

En el sector privado, el periodo de vigencia de un contrato de outsourcing no suele ser inferior a 5 años, siendo habitual una duración de 7 a 10 años.

Aunque es posible que se pacte una duración por tiempo indefinido -debiendo las partes incluir, adicionalmente, la facultad de cualquiera de ellas de denunciar el contrato con un preaviso razonable-, lo cierto es que en la práctica no es nada habitual. A este respecto, el TS ha afirmado que la duración indefinida no puede ser equiparable a «toda la vida»<sup>76</sup>.

#### 2.3.5.2 Prórroga

Junto a lo anterior, es habitual que antes de la expiración del periodo inicial las partes acuerden una prórroga, o varias, para que este continúe vigente, bien en los términos y condiciones de ese momento, bien conforme a otros diferentes que pudieran acordar.

Las prórrogas podrán ser expresas o tácitas. Cuando se acuerda una prórroga tácita, el contrato se renueva automáticamente por el periodo pactado al inicio de la relación -suelen pactarse prórrogas anuales sucesivas-, salvo que una de las partes notifique por escrito a la otra, con la antelación mínima que se hubiera acordado respecto de la fecha de expiración programada del periodo inicial o del periodo de renovación que corresponda, que no desea prorrogarlo.

---

<sup>75</sup> DE CARLOS BELTRÁN, J. M. *El Outsourcing como estrategia de gestión alternativa y su regulación contractual*, Derecho de los Negocios, nº 91, abril 1998, p. 24.

<sup>76</sup> STS de 21 de abril de 2006.

Tomando en consideración la dificultad que supone, en ocasiones, la recuperación del servicio por el prestador, es habitual que se pacte un plazo máximo para solicitar la renovación; lo que se pacta es, por lo tanto, un *dies od quem*, una fecha límite en la que cualquiera de las partes puede manifestar su voluntad de prorrogar o no el contrato en los términos en los que se encuentre. Es conveniente aclarar que, de no respetarse el plazo de preaviso para denunciar el contrato de acuerdo a lo establecido en el mismo, la resolución unilateral comporta incumplimiento contractual en virtud el principio de libertad de pactos<sup>77</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, cualquiera de las partes podrá resolver el contrato con carácter previo a la finalización de su periodo de vigencia inicial o de cualquiera de sus prórrogas si la contraparte incurriera en alguna de las causas de resolución anticipada con justa causa o por conveniencia incluidas en el mismo, las cuales suelen plasmarse *ad hoc* en la cláusula del contrato que regula sus causas de terminación.

### 2.3.6 Lugar de prestación de los servicios

El contrato que regula la prestación de los servicios de *outsourcing* deberá plasmar el lugar desde donde se prestarán los mismos; esto es, las instalaciones donde estarán ubicados el personal y la infraestructura tecnológica del prestador. A este respecto, se suelen plantear tres escenarios desde donde se presta el servicio: en las instalaciones del cliente, en las instalaciones del prestador o un escenario mixto.

Si se acuerda la prestación del servicio *on-site*, desde las instalaciones del cliente, este último deberá conferir al prestador, si fuera necesario para que pueda prestar los servicios, acceso a sus instalaciones y un espacio de oficina adecuado

---

<sup>77</sup> Vid. artículo 1.255 CC. Asimismo, la SAP de Madrid, de 29 de enero de 2001.

durante el horario de prestación. Es habitual, asimismo, que las partes determinen la entidad que se hará cargo del coste relativo a los materiales de oficina, los equipos informáticos, el teléfono, el acceso a Internet así como cualesquier otro recurso que sea necesario para que el prestador pueda llevar a cabo el servicio. Adicionalmente, el prestador deberá cumplir las políticas y procedimientos que tuviera implantados el cliente referidos, entre otras materias, a la seguridad en el puesto de trabajo, para lo cual el cliente deberá proporcionarle, con la antelación suficiente, copia de las mismas. A este respecto, el prestador deberá cotizar el esfuerzo adicional, si fuera el caso, que le supone implantar las citadas políticas y procedimientos. Adicionalmente, en el supuesto que se produjeran cambios que supusieran un sobreesfuerzo para el prestador, estos deberán seguir el procedimiento de gestión de cambios incluido en el contrato. Conviene resaltar que en este escenario de prestación del servicio *on-site* es donde existe la posibilidad de que aparezcan indicios de cesión ilegal de trabajadores o de prestamismo laboral que, como es sabido, está prohibido por la normativa laboral vigente. En el Capítulo 3 del presente trabajo, referido a los aspectos laborales del *outsourcing*, se profundiza sobre este aspecto así como sobre las medidas que deberán tomar en consideración el cliente y el prestador para evitar que se genere una cesión ilegal de trabajadores durante la prestación del servicio.

En un escenario *off-site*, desde las instalaciones del prestador, es donde suelen aparecer ciertas fricciones entre las partes en el momento inicial de estructurar la forma de prestar el servicio, fundamentalmente por la inseguridad que esta modalidad de prestación provoca en clientes que no se han enfrentado previamente a ella. Sin embargo, la realidad ha demostrado que con la globalización, el desarrollo de Internet y de las telecomunicaciones es posible prestar el servicio desde lugares remotos con un alto nivel de eficiencia, por lo que no debiera suponer un obstáculo siempre que se cumplan los requisitos legales que resulten de aplicación.

El último de los escenarios, *blended-shore*, es un modelo híbrido en el que se obtienen las ventajas de las modalidades previamente mencionadas, *on-site* y *off-site*.

En definitiva, se trata de encontrar un término medio entre la necesidad de control que el cliente desea mantener sobre la operación de sus sistemas así como sobre el personal encargado de ello -prestándose el servicio *on-site* el control es elevado- y la flexibilidad que necesita el prestador para gestionar de la forma más eficiente posible sus recursos. La lógica indica que si el cliente exige generar ahorros en la prestación del servicio, el prestador deberá disminuir el precio y, consecuentemente, deberá ser lo más eficiente posible para generar las sinergias necesarias que le permitan alcanzar su *business case*, debiendo renunciar el cliente -si así lo requiriese el prestador- al control de las actividades externalizadas, permitiéndole llevar el proceso de *outsourcing* de la forma más eficiente y beneficiosa para ambas partes.

Independientemente de lo que se acuerde, es conveniente dejar regulada la posibilidad de modificar el lugar de prestación para adecuarlo, en cada momento, a las necesidades del servicio.

En virtud del contrato suele establecerse que ninguna de las partes confiere a la otra interés u obligación alguna sobre su respectivas instalaciones, por lo que estas continuarán estando bajo el cuidado, custodia y control de la parte que fuera propietaria de las mismas. En el caso concreto del prestador, es importante que este no se vea impedido de usar sus instalaciones para prestar servicios a otros clientes. Por supuesto, el prestador deberá tener implantadas y cuidar las medidas de seguridad que resulten necesarias para evitar que información confidencial de un cliente sea revelada a otros clientes.

## **2.3.7 Fases del servicio**

### **2.3.7.1 Transición**

El inicio de la fase de transición suele coincidir con el comienzo de la prestación de los servicios y su duración suele establecerse en un plazo que oscila entre los tres y seis meses, pudiendo las partes convenir una plazo distinto. Durante esta fase el prestador preparará sus equipos de trabajo, implantará el nuevo modelo de servicio e irá adquiriendo progresivamente el conocimiento técnico del servicio, aplicaciones, infraestructuras, entornos técnicos, procedimientos de trabajo, estándares, etc. Así mismo, el cliente continuará siendo responsable de sus operaciones y de los servicios incluidos en el alcance del contrato. El objetivo de esta fase es, por tanto, programar, preparar y realizar la transición del servicio desde el cliente o el anterior prestador al nuevo prestador para que este último pueda realizar el servicio con las garantías de calidad esperadas. La transferencia de responsabilidad se suele pactar que ocurra de forma gradual, con el objetivo de que, a la finalización de esta fase, el prestador sea el único responsable de la prestación del servicio.

A pesar de la transferencia gradual del servicio desde el cliente al prestador, lo habitual es que durante la fase de transición se comiencen a aplicar los acuerdos de calidad del servicio pero no las penalizaciones que pudieran derivarse del incumplimiento de los indicadores incluidos en los mismos. Inclusive, las partes podrán revisar y ajustar las definiciones y los valores de los indicadores e implantar los sistemas para su medición durante la vigencia del contrato.

En el supuesto que las partes hubieran acordado un plan específico para la transición, cada parte deberá llevar a cabo las tareas que se le hubieran atribuido de conformidad al calendario acordado. Las partes deberán facilitarse asistencia mutua, así como intercambiarse la información y demás medios que fueran razonablemente necesarios para la consecución de una transición efectiva. En el



supuesto que cualquiera de las partes identificase algún hecho que pudiera impactar negativamente en los objetivos de la fase de transición u ocasionar demora en la finalización de la misma, deberá notificarlo a la contraparte para que ambas, de mutuo acuerdo, establezcan un plan de acción que minimice los efectos adversos que se pudieran prever.

En el escenario en el que el cliente no hubiera externalizado previamente sus sistemas de información es necesario que este realice un esfuerzo por cambiar la forma de trabajar con el departamento de informática y tecnología que tenía hasta ese momento y adaptarse a las nuevas reglas y procedimientos establecidos por las partes, con la finalidad de conseguir una eficiencia en la prestación del servicio externalizado. La fase de transición es un buen momento para que el cliente se familiarice con forma de relacionarse con el prestador, con los usuarios - incluyendo gestión de la demanda y necesidades del negocio-, con los acuerdos de calidad de servicio, etc. En determinadas ocasiones, cambiar de un modelo de servicio gestionado internamente por el cliente a un *outsourcing* de la actividad resulta disruptivo para los usuarios. Se trata de un cambio no sólo organizativo, sino también de metodología en la forma de trabajar.

Como puede intuirse, conseguir los objetivos que se hubieran pactado para esta fase es crítico para afrontar la ejecución del servicio con garantías de éxito.

#### 2.3.7.2 Servicio permanente

Esta fase dará comienzo tras la finalización de la fase de transición y estará vigente hasta que dé comienzo la fase de reversión o retorno del servicio. En esta etapa, el prestador asume la responsabilidad del servicio, llevando a cabo las tareas incluidas en el contrato con sujeción, en su caso, a los acuerdos de calidad del servicio que se hubieran pactado.

### 2.3.7.3 Reversión

En cualquier supuesto de terminación del contrato o a su expiración -pero siempre con carácter previo a la finalización efectiva del mismo-, el cliente deberá asumir de nuevo la gestión de sus sistemas de información o subcontratar esta a un tercero. Lo habitual es que durante la vigencia del contrato se haya incrementado la dependencia del prestador por lo que la situación para el cliente no resulta fácil, al carecer este, en ocasiones, de la organización, de los activos informáticos y del personal con experiencia necesaria para recuperar el servicio.

Es por ello por lo que, en los contratos de *outsourcing* de cierta entidad, se incluye como obligación para el prestador el revertir de forma paulatina el servicio al cliente o a la entidad designada por este, incluyendo la resolución de las dudas que puedan surgir. Asimismo, el prestador deberá diseñar y mantener actualizado durante la vigencia del contrato un plan de reversión que permita realizar el traspaso de la gestión de forma eficiente, incluyendo la facultad para el cliente de adquirir o usar los activos tecnológicos necesarios para la prestación del servicio, así como recuperar a todos o parte de los trabajadores que fueron transferidos al inicio del contrato, si ese hubiera sido el caso. Se puede decir que este proceso es inverso al que se realiza durante la fase de transición.

Durante la fase de reversión, que se realizará por áreas y de forma progresiva, trabajarán en paralelo el equipo del prestador, ejecutando las actividades incluidas en el servicio, y el equipo del cliente o del nuevo prestador, adquiriendo el conocimiento del funcionamiento del servicio. La duración de esta fase suele oscilar entre dos y seis meses, dependiendo de la complejidad del servicio a transferir.

La contraprestación económica a recibir por el prestador en virtud de las tareas realizadas durante esta fase puede estar incluida en el precio global del servicio o ser pactada *ad hoc* en función del esfuerzo que le suponga.

Las partes deberán acordar, asimismo, si durante la fase de reversión el prestador deberá compaginar el desempeño normal de su servicio y el cumplimiento de los acuerdos de calidad con el proceso de transferencia de conocimiento. En el caso de pactarse lo anterior, lo habitual es que el cliente reduzca la demanda de trabajo y relaje, asimismo, los indicadores incluidos en los acuerdos de calidad y/o las penalizaciones asociadas para que el prestador pueda compaginar la prestación del servicio con la transferencia de conocimiento sin que ello le suponga un sobrecoste o un impacto negativo.

Debido a la importancia de esta fase y la complejidad de su gestión, las partes suelen definir la creación de un comité que se ocupará de la supervisión de la reversión, integrado por personal del prestador saliente, del cliente y, en su caso, del nuevo prestador. Entre otras, sus funciones serán la de llevar un seguimiento detallado del proceso de traspaso, planificar y revisar las actividades a realizar durante esta fase, resolver los conflictos que puedan surgir así como planificar y revisar la demanda para que sea posible compaginarla con las tareas de traspaso.

Una vez finalizada la reversión, las partes pudieran pactar la formalización de un acta o documento de aceptación del traspaso, con la que se dará por finalizada la prestación del servicio por el prestador que realizó la reversión.

### **2.3.8 Modificación del contrato**

#### **2.3.8.1 Cambios objetivos**

Debido a la amplitud y complejidad de los servicios que suelen incluirse al amparo de un contrato de *outsourcing* y la constante evolución de la tecnología, lo

habitual es que durante la vigencia del mismo sea necesario realizar cambios. Resulta muy aconsejable, desde un punto de vista eminentemente práctico, establecer en el cuerpo del contrato un procedimiento de gestión de cambios para que las partes puedan adaptar el contrato a las circunstancias y necesidades que pudieran aparecer durante su vigencia, siempre que concurra el consentimiento de ambas.

La normativa permite que las partes, de mutuo acuerdo, procedan a la variación del objeto del contrato o de sus condiciones principales<sup>78</sup>. Los cambios a realizar pueden tener su origen, entre otros, en avances tecnológicos, modificaciones de la normativa, peticiones de ampliación, reducción o modificación de los servicios incluidos en el alcance del contrato, incorporación de nuevas especificaciones, alteraciones en la planificación de los servicios y la distribución de tareas entre las partes, incremento o disminución de sociedades beneficiarias del servicio, incumplimiento de las hipótesis, consideraciones o premisas incluidas en el contrato, etc.

Ante una petición de cambio, el prestador deberá evaluar la posibilidad o no de llevarlo a cabo tomando en consideración, junto a otros elementos, el impacto que el mismo tiene en el servicio -en costes, acuerdos de calidad del servicio, disponibilidad de personal para prestarlo, etc.-.

Las modificaciones contractuales pactadas quedarán documentadas utilizando el procedimiento de control de cambios que se hubiera establecido en el contrato, formalizándose normalmente mediante su inclusión como un anexo al contrato. Este detallará aspectos tales como el nuevo alcance, calendario, elementos a suministrar, etc. Es importante evitar, tal y como apunta J. M. DE

---

<sup>78</sup> Vid. artículo 1.203 CC.

CARLOS<sup>79</sup> que, en virtud de la modificación, se incluya una manifestación expresa de las partes en ponerse de acuerdo en el futuro sin acordar las consecuencias en el supuesto que ambas partes no alcanzasen un consenso en el plazo acordado en relación a la aceptación, responsabilidades, contraprestación económica, etc.

### 2.3.8.2 Cambios subjetivos

Junto a lo anterior, en los supuestos que se produzcan modificaciones subjetivas de cualquier de las partes -i. e. cambios en la personalidad jurídica derivados de una cesión del contrato como consecuencia de fusiones empresariales<sup>80</sup>, absorciones<sup>81</sup>, escisiones<sup>82</sup>, segregaciones<sup>83</sup>, etc.-, precisamente

---

<sup>79</sup> DE CARLOS BELTRÁN, J. M., *op. cit.*, pp. 9-32.

<sup>80</sup> En virtud de lo establecido por los artículos 22 y 23 de la Ley de Sociedades Mercantiles, a través de una operación societaria de fusión de dos o más sociedades mercantiles, estas se integran en una única sociedad, transmitiéndose en bloque sus patrimonios y atribuyéndose a los socios de las sociedades que se extinguen las acciones, participaciones o cuotas de la sociedad resultante, que puede ser de nueva creación o una de las sociedades que se fusionan. La fusión en una nueva sociedad implicará la extinción de cada una de las sociedades que se fusionan y la transmisión en bloque de los respectivos patrimonios sociales a la nueva entidad, que adquirirá por sucesión universal los derechos y obligaciones de ellas.

<sup>81</sup> El artículo 23 de la Ley de Sociedades Mercantiles establece que si la fusión resultara de la absorción de una o más sociedades por otra ya existente, esta adquirirá por sucesión universal los patrimonios de las sociedades absorbidas, que se extinguirán, aumentando, en su caso, el capital social de la sociedad absorbente en la cuantía que proceda.

<sup>82</sup> Los artículos 69 y 70 de la Ley de Sociedades Mercantiles definen, respectivamente, la escisión total y parcial. La primera ocurre cuando se produce la extinción de una sociedad, con división de todo su patrimonio en dos o más partes, cada una de las cuales se transmite en bloque por sucesión universal a una sociedad de nueva creación o es absorbida por una sociedad ya existente, recibiendo los socios un número de acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde. Por su parte, estaremos ante una escisión parcial cuando se produzca el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades de nueva creación o ya existentes, recibiendo los socios de la sociedad que se escinde un número de acciones, participaciones o cuotas sociales de las sociedades beneficiarias de la escisión proporcional a su respectiva participación en la sociedad que se escinde y reduciendo esta el capital social en la cuantía necesaria.

<sup>83</sup> Se entiende por segregación, según la definición dada por el artículo 71 de la Ley de Sociedades Mercantiles, el traspaso en bloque por sucesión universal de una o varias partes del patrimonio de una sociedad, cada una de las cuales forme una unidad económica, a una o varias sociedades,

por la relación *intuitu personae* que se ha analizado, deberá contar con el consentimiento expreso previo de la contraparte y así suele reflejarse expresamente en los contratos de *outsourcing*.

### 2.3.9 Aceptación de entregables del servicio

Uno de los aspectos relevantes a regular en un contrato de *outsourcing* es el relativo al procedimiento y condiciones de aceptación de los entregables que el prestador debe desarrollar en virtud del servicio. El cliente deberá someter los entregables que reciba del prestador a la pertinente prueba de aceptación para verificar que satisfacen los criterios de aceptación establecidos, de mutuo acuerdo y con carácter previo, para dicho entregable. En el supuesto de que las partes acordasen la inclusión de aceptaciones parciales, es recomendable establecer, adicionalmente, los criterios objetivos para la aceptación final del entregable. Para determinados servicios suele ser conveniente, con el objetivo de no ralentizar el avance de este, establecer la regla de aceptación tácita de entregables en virtud de la cual, si tras un periodo de tiempo previamente acordado por las partes el cliente no hubiera notificado al prestador las causas del rechazo del entregable en cuestión, este se considerará aceptado.

Los criterios de aceptación pudieran ser diferentes dependiendo de si entregable consiste en diseños y documentos o si lo que se entrega son desarrollos de *software*. En relación a estos últimos, un aspecto importante a regular es la consecuencia de su puesta en producción. Si el cliente determinase, de forma unilateral y sin haber finalizado satisfactoriamente las preceptivas pruebas de aceptación, la puesta en producción del mismo, es razonable que el prestador

---

recibiendo a cambio la sociedad segregada acciones, participaciones o cuotas de las sociedades beneficiarias.

solicite que el entregable se entienda tácitamente aceptado, asumiendo el cliente los riesgos que pudieran derivarse de su decisión.

### **2.3.10 Continuidad del servicio y plan de contingencia**

En este apartado del contrato se establecerá el plan de contingencia y continuidad del servicio. Se incluirán los mecanismos para continuar la prestación de los servicios críticos con los niveles de calidad acordados en caso de interrupción de los mismos ante una situación de desastre y/o fuerza mayor. Una vez activado el plan de contingencia y continuidad del servicio, el prestador pondrá en marcha las medidas detalladas en el citado plan. Adicionalmente, se elaborará un calendario de actividades, de aplicación urgente, en el que se detallarán las acciones, recursos y plazos necesarios para asegurar la estabilización del servicio a la mayor celeridad.

### **2.3.11 Obligaciones de las partes**

Una de las cláusulas de mayor relevancia en el contrato de *outsourcing* es aquella encaminada a determinar las obligaciones de cada una de las partes, generalmente dividida en dos subcláusulas, una dedicada a las obligaciones del prestador y otra a las del cliente. Esta división ayudará a distribuir derechos, obligaciones y posibles responsabilidades entre ellas, evitando conflictos de interpretación a futuro.

Tal y como se ha indicado al analizar el objeto del contrato de *outsourcing*, resulta complejo determinar de manera precisa y por anticipado el alcance del mismo. Sin embargo y a pesar de lo anterior, es crucial realizar el esfuerzo para tratar de detallarlo, así como para determinar la parte encargada de realizar cada una de las tareas.

Como premisa inicial, es muy habitual establecer que la obligación recíproca de la buena fe contractual deberá regir la relación negocial y las actuaciones de las partes. Y, junto a ella, la estrecha colaboración entre las partes así como aquellas obligaciones que sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley<sup>84</sup> deberán estar presentes durante la vigencia del contrato. Adicionalmente, no parece excesivo establecer con claridad si las obligaciones a las que quedan sujetas cada una de las partes son obligaciones de medios u obligaciones de resultado<sup>85</sup>.

#### 2.3.11.1 Obligaciones del prestador

El cliente deberá asegurarse que el alcance de los servicios contratados, y por ende las obligaciones que deberá asumir el prestador, constan debidamente en esta cláusula, de forma que se satisfagan adecuadamente las necesidades que pretende cubrir mediante la formalización del contrato.

Sin lugar a duda, la principal obligación del prestador es la realización del servicio con la diligencia debida de conformidad a los términos y condiciones establecidos en el contrato y la de colaborar con el cliente. Y ello con un escrupuloso respecto a la confidencialidad de la información así como de los datos personales del cliente por él gestionados. Se debe entender que el prestador realizará su actividad como un profesional y conforme a su *lex artis*. Como parte de sus facultades empresariales para ordenar su actividad, deberá disponer del personal con la capacitación necesaria así como de los medios oportunos para cumplir con sus obligaciones.

El prestador deberá hacer entrega, durante la vigencia del contrato y a la finalización del mismo, de toda aquella documentación técnica y de gestión del

---

<sup>84</sup> Vid. artículo 1.258 CC y, al respecto, la STS de 9 de diciembre de 1963.

<sup>85</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 190.



servicio. Se entiende por documentación técnica la asociada al análisis, diseño, construcción e implantación del sistema de información -e. g. análisis funcional<sup>86</sup>, entorno tecnológico<sup>87</sup>, diseño técnico<sup>88</sup>, pruebas<sup>89</sup>, implantación<sup>90</sup> y explotación<sup>91</sup>-. Entre la documentación de gestión del servicio pueden incluirse el plan de proyecto<sup>92</sup>, los informes de seguimiento, las actas de reunión de los distintos comités así como cualquier otro informe de gestión que acuerden las partes durante la vigencia del contrato.

El asesoramiento por parte del prestador en temas relacionados con los sistemas de información, habitual en este tipo de servicios informáticos, puede ser objeto de un contrato de consultoría independiente o bien incluirse en el propio contrato de *outsourcing* como una obligación adicional del prestador. M<sup>a</sup>. R. CORRIPIO entiende que al prestador de informática le será exigible un deber de consejo que va más allá de la mera información de informar sobre el producto<sup>93</sup>. Por su parte I. DE LAMBERTERIE argumenta que el prestador deberá prestar el consejo con toda diligencia, conforme a su carácter profesional, con independencia

---

<sup>86</sup> El análisis funcional incluye los requisitos funcionales y la descripción de modelos del sistema.

<sup>87</sup> El entorno tecnológico comprende la descripción de los requisitos técnicos, de la arquitectura lógica y física, de la seguridad y de la capacidad de los distintos componentes y entornos del sistema.

<sup>88</sup> El diseño técnico incluye el diseño de las diferentes capas y componentes del sistema y de los aspectos de seguridad de los mismos.

<sup>89</sup> Las pruebas plantean y especifican la forma de comprobar el desarrollo, certificación, rendimiento, seguridad y aceptación del comportamiento del sistema.

<sup>90</sup> La implantación comprende las acciones, operaciones y procedimientos necesarios para trasladar la aplicación al entorno productivo.

<sup>91</sup> La explotación incluye las acciones, operaciones y procedimientos necesarios para operar, usar y administrar la aplicación en el entorno productivo.

<sup>92</sup> Este documento suele recoger los aspectos fundamentales de la organización y gestión del servicio, entre los que se incluye su descripción -objetivos, enfoque, alcance, duración, etc.-, organización, estructura, planificación y el listado de entregables.

<sup>93</sup> CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>. R. *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*, Estudios Jurídicos N. S., editorial Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999.

de que el consejo en sí sea o no acertado<sup>94</sup>. Obviamente, cuanto más estrecha sea la relación con el cliente, como su aliado tecnológico, más relevante será su tarea de consultoría como profesional en el área de tecnología. Junto a lo anterior, entre las obligaciones del prestador suele estipularse la colaboración con terceros prestadores del cliente, con los que deberá coordinar la prestación del servicio.

El prestador puede comprometerse a adquirir para el cliente determinados activos informáticos -principalmente *hardware* y *software*- durante la vigencia del contrato. En relación a esta tarea, el prestador puede limitarse a intermediar entre el vendedor o titular de dichos activos y el cliente para la adquisición por este último de tales activos o adquirirlos él mismo, en nombre y por cuenta del cliente.

El prestador deberá poner la diligencia debida para evitar que los entregables contengan virus u otro *software* maligno que pudiera dañar los sistemas informáticos del cliente o facilitar a terceros el acceso no autorizado a los mismo. Adicionalmente, en relación al *software* necesario para la prestación del servicio, es necesario que el prestador tenga una cautela especial y respete la titularidad y licencia del mismo. Si el cliente adquiriese únicamente una licencia de uso sobre una determinada aplicación informática y, sin embargo, fuera su utilización necesaria por el prestador para proporcionar el servicio al cliente, este último deberá obtener la aprobación previa del licenciante. Lo anterior aplica, recíprocamente, si en virtud del contrato se estableciese que deberá ser el prestador el encargado de adquirir la licencia de un *software* concreto para llevar a cabo la prestación del servicio y el cliente tuviera la necesidad de utilizarlo.

---

<sup>94</sup> DE LAMBERTERIE, I. *El deber de consejo en el contrato informático* en X Encuentros sobre Informática y Derecho, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), editorial Aranzadi, 1995-1996, p. 279.

### 2.3.11.2 Obligaciones del cliente

Son varias las obligaciones que, con carácter habitual, debe asumir el cliente como receptor o beneficiario de un servicio de *outsourcing*, siempre en función de lo acordado contractualmente. Sin embargo, sobre todas ellas destacan, por un lado, el pago de la contraprestación económica al prestador como consecuencia del carácter oneroso del contrato y, por otro, el deber de ofrecerle una estrecha colaboración para que pueda desempeñar correctamente sus funciones.

El pago de los servicios, con independencia del beneficio que el cliente hubiera obtenido de los mismos, es lo que determina que el prestador no sea, *per se*, socio de cliente. Debido a la fuerte crisis económica que ha golpeado a las empresas en los últimos años se han puesto en auge las oportunidades de negocio en las que el prestador condiciona sus honorarios, de forma parcial o total, a la obtención de ahorros y/o beneficios por parte del cliente como consecuencia de los servicios de *outsourcing*. En virtud de esta fórmula de pactar la contraprestación económica, el cliente sólo abonará la parte del precio sujeta a condición si esta se cumple. En lo que referido al prestador, aunque es cierto que asume un riesgo más elevado que en la modalidad de pago tradicional en la que se asegura el pago sin condición alguna -salvo la correcta prestación de los servicios por su parte-, tiene la confianza y la seguridad de que se alcanzarán los objetivos marcados y, por tanto, la expectativa de cobrar los honorarios sujetos a la condición pactada.

La obligación de colaboración del cliente, a la que jurídicamente podría calificarse de carga, es una característica esencial de los contratos de arrendamiento y supone un requisito imprescindible para una correcta prestación del servicio por el prestador. Es tal la criticidad de esta obligación que su incumplimiento pudiera suponer, si ello impidiese al prestador desempeñar

adecuadamente el servicio, una resolución anticipada con justa causa<sup>95</sup>. Será importante, por tanto, que en el contrato se refleje en qué consiste exactamente la colaboración del cliente -e. g. remitir al prestador los datos, información y documentos que precise para acometer el servicio, comunicar a la mayor celeridad las posibles incidencias que pudiera detectar, adoptar aquellas decisiones en materia de dirección e información, así como liberar las aprobaciones y aceptaciones que permitan al prestador poder llevar a cabo los servicios previstos en el contrato de una manera apropiada, eficiente y en los plazos señalados-. Asimismo, deberá poner a disposición del prestador el personal con la cualificación necesaria para colaborar en el servicio. Es importante, por tanto, que el cliente sea consciente que el trabajo a realizar por el prestador depende, en gran medida, de que el cliente atienda, en tiempo y forma, las responsabilidades que le competan.

### 2.3.12 Subcontratación

Para llevar a cabo los servicios objeto del contrato de *outsourcing*, es razonable intuir que el prestador solicite al cliente tener la facultad de recurrir a terceros prestadores o subcontratistas. Sin embargo, debido al carácter *intuitu personae* del contrato de *outsourcing*, pudiera ser que el cliente no permita al prestador subcontratar los servicios incluidos en el alcance del mismo, ni siquiera parcialmente, salvo que obtenga su consentimiento expreso para ello. Aunque, en mi opinión, esta prohibición de subcontratar no debe ser llevada al extremo ya que habrá supuestos en los que, para la correcta prestación del servicio, el prestador deba contar con la colaboración de un tercero, colaboración que no debiera ser rechazada por el cliente ya que, al final, pudiera terminar perjudicándole. Piénsese en el supuesto en el que el prestador requiriese, para el mantenimiento de una aplicación comercial, la colaboración del titular de la misma. Si el cliente, de forma

---

<sup>95</sup> SAP de Sevilla, de 12 de noviembre de 1997.

arbitraria y sin razonarlo, rechazase a este subcontratista, ello supondría un perjuicio evidente para ambas partes.

Si el prestador necesita contar con la colaboración de un tercero y ello lo conoce con carácter previo a la perfección del contrato, es aconsejable que lo comunique al prestador a la mayor celeridad para que en la cláusula referida a la subcontratación quede reflejado ese subcontratista como autorizado. Asimismo, el contrato debiera reflejar la facultad del prestador a subcontratar a las empresas de su grupo<sup>96</sup> para prestar el servicio con cierta flexibilidad. Y que cualquier referencia en el contrato por la que el cliente otorgue un derecho y/o beneficio al prestador con el objetivo de facilitarle la prestación del servicio se entienda conferido, igualmente, a los subcontratistas autorizados.

Una alternativa a lo anterior, también habitual si así se dispone por voluntad de las partes, es que el cliente autorice al prestador a subcontratar parte de los servicios, debiendo este sólo notificar, con la antelación que se acuerde, los servicios concretos objeto de subcontratación y la identidad de la empresa subcontratista. Asimismo, si así se acordase, el prestador podría tener la obligación de notificar la sustitución de alguno de los subcontratistas cuando esto ocurriese por cualquier motivo.

En cualquier caso, la subcontratación de servicios no supondrá la constitución de relación jurídica alguna entre el cliente y el subcontratista del prestador por lo que este último será responsable frente al cliente por la actuación de las empresas subcontratadas<sup>97</sup> y deberá velar, en todo momento, por el adecuado cumplimiento de lo dispuesto en el contrato de *outsourcing* y en la

---

<sup>96</sup> Ello de conformidad con el artículo 42 CCo. En virtud del citado precepto, «[...] existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras».

<sup>97</sup> *Vid.* artículo 1.596 CC.

normativa aplicable. Independientemente de lo anterior, en una subcontratación, parece razonable que el cliente solicite al prestador que sus subcontratistas reúnan las condiciones técnicas y de calidad idóneas para la ejecución de los servicios que les corresponda.

En lo relativo a los aspectos laborales, con carácter previo a iniciarse la actividad por parte del subcontratista, el prestador deberá hacer entrega, a petición del cliente, de la documentación que acredite que el subcontratista se encuentra al corriente de pagos con Hacienda y con la Seguridad Social. Si el subcontratista tuviera que acceder a las instalaciones del cliente, se le entregará la documentación sobre prevención de riesgos laborales para que este la cumpla.

Respecto a la protección de datos de carácter personal, el supuesto que el subcontratista acceda, como consecuencia de la prestación del servicio, a ficheros que contengan datos de carácter personal del cliente, deberá cumplir con lo dispuesto en la LOPD y en el RLOPD en su rol de subencargado del tratamiento.

Por último, las partes deberán acordar si se admite o no la subcontratación de una tercera empresa por parte de una empresa subcontratista.

### **2.3.13 Cesión**

Aunque no es una figura que aparezca regulada expresamente en el CC<sup>98</sup>, lo cierto es que la cesión es una facultad, aceptada por la jurisprudencia, que se otorga los contratantes en virtud de la autonomía de la voluntad, cuando las obligaciones que se incluyeron en el contrato aún no se hubieran ejecutado. Así, el TS conceptualiza la cesión del contrato en los siguientes términos: «A falta de

---

<sup>98</sup> *Vid.* artículo 1.255 CC. Del citado precepto puede entenderse que las partes podrán acordar la cesión del contrato siempre que respeten los requisitos y condiciones que ambas establezcan al respecto.

regulación positiva en nuestro Derecho, la cesión del contrato ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 12 de julio de 1927, 1 de julio de 1949, 26 de febrero y 26 de noviembre de 1982, 23 de octubre de 1984, 4 de febrero de 1993 y 5 de marzo de 1994) según la cual la figura jurídica de la cesión del contrato supone un negocio de cesión entre cedente y cesionario, de un contrato de prestaciones recíprocas, pues de ser de prestación única se estaría ante una simple cesión de crédito o asunción de deuda, necesitando en todo caso el concurso del consentimiento por parte del contratante cedido, de tal manera que se exige una necesaria conjunción de tres voluntades contractuales, que se produce por la cesión en la titularidad de la relación convencional, conservando siempre el cedido su posición originaria. La cesión de contrato consiste en el traspaso a un tercero, por parte de un contratante, de la posición íntegra que ocupaba en el contrato cedido, de manera que el cesionario adquiere los derechos que ostentaba el cedente en la relación contractual como si hubiese sido el contratante inicial. Esta figura ha sido admitida por la jurisprudencia de esta Sala, al no estar regulada en el del CC, aunque sí lo está en el Código italiano (artículo 1.406) y en el Fuero Nuevo de Navarra (Ley 513.2). [...] no puede una de las partes contratantes hacerse sustituir por un tercero en las relaciones derivadas de un contrato con prestaciones sinalagmáticas si estas no han sido todavía cumplidas y la otra parte prestó consentimiento anterior, coetáneo o posterior al negocio de cesión»<sup>99</sup>.

En virtud de lo anterior, se puede definir la cesión de contrato como la transmisión de la íntegra posición contractual que una persona física o jurídica ocupa en un determinado contrato. Así, en virtud de la voluntad de todos los sujetos implicados, se produciría la transmisión de la relación contractual de *outsourcing* del cedente al cesionario -incluyendo todos los derechos y obligaciones-, manteniéndose la relación contractual con el contratante cedido. De llevarse a cabo

---

<sup>99</sup> Vid. STS de 22 de mayo de 2014.

la cesión contractual, la consecuencia jurídica será que el cesionario pasa a ocupar la posición del cedente, quedando este último liberado de sus obligaciones frente al contratante cedido, adquiriéndolas el cesionario.

Nada impide que las partes acuerden cierta responsabilidad para el cedente, como pudiera ser una responsabilidad solidaria por un periodo de tiempo determinado ante un escenario de incumplimiento y/o insolvencia por parte del cesionario.

En un contrato de *outsourcing* es habitual que las partes acuerden que cualquiera de los contratantes pueda ceder el contrato a alguna de sus filiales en el supuesto que aconteciera una reorganización mercantil interna. Sin embargo, suele requerirse el consentimiento expreso de la contraparte para ceder el contrato a un tercero fuera de su grupo de empresas.

### **2.3.14 Acuerdo de calidad del servicio (ANS)**

#### **2.3.14.1 Concepto**

El acuerdo que determina el nivel de calidad del servicio para el prestador, también conocido como ANS, es el marco de referencia para asegurar que la medición y evaluación del servicio de *outsourcing* -muy habitual en los contratos que contienen servicios de mantenimiento de aplicaciones, gestión de infraestructuras y/o gestión de procesos de negocio- se realiza de forma objetiva. El ANS establece los estándares de calidad que deberá alcanzar el prestador en el cumplimiento de sus obligaciones y su detalle suele incluirse, por claridad, como anexo al contrato.

Con el objetivo de poder determinar con precisión el nivel de servicio que recibirá el cliente, para cada elemento de servicio se establece una serie de parámetros objetivos acordados entre las partes: (i) una descripción del mismo, (ii)



su criticidad, (iii) la frecuencia de la medición del nivel de calidad y (iv) el valor objetivo. Haciendo uso de las herramientas e infraestructuras necesarias, se miden los niveles de servicio reales obtenidos durante la prestación del servicio y se comparan con los valores objetivo incluidos en el ANS.

El detalle de cada uno de los indicadores incluidos en el ANS deberá permitir a las partes determinar los casos en los que se está produciendo un incumplimiento de los mismos. Tal es así, que el ANS generalmente descende a medidas cuantificadas incluso en minutos para concretar, por ejemplo, los tiempos de respuesta o de resolución de una incidencia. Si el ANS no fuera preciso, ello vaciaría de contenido el propio ANS e impediría poder determinar de forma objetiva si se está cumpliendo con los niveles de calidad pactados. Los contratantes deberán utilizar un lenguaje claro para evitar interpretaciones dispares respecto de los indicadores, parámetros y/o unidades de medida empleadas en el ANS<sup>100</sup>.

Habitualmente, el ANS se establece en dos fases: en la fase de transición y en la fase de servicio permanente. Durante la fase de transición, el cliente suele solicitar al prestador que iguale o supere el ANS histórico del servicio, pero sin que apliquen penalizaciones en caso de que no lo alcanzase. Una vez finalizada esta fase, las partes deberán ajustar y acordar los indicadores definitivos a incluir en el ANS para la fase de servicio permanente, tomando como referencia para ello los niveles medios históricos y los niveles alcanzados por el prestador durante la fase de transición.

El ANS debe ser un instrumento equilibrado, objetivo y relativamente fácil de cumplir si el prestador ejecuta el servicio con la diligencia debida. Establecer un ANS difícil de alcanzar suele generar tensión en la relación entre el cliente y prestador, por lo que una insistencia del cliente en aplicar un ANS agresivo obligará

---

<sup>100</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 198.

al prestador a tratar este aspecto del contrato como un riesgo y provisionarlo económicamente como tal -con el consecuente incremento de precio del servicio-. Por tanto, en mi opinión, fijar un ANS subjetivo o difícil de cumplir no resulta beneficioso para las partes.

#### 2.3.14.2 Medición del ANS

Con la periodicidad que se acuerde, el prestador remitirá al cliente un informe de servicio en el que incluirá, entre otros aspectos técnicos, el valor real de los indicadores obtenidos durante la prestación del servicio comparado con el valor objetivo de los indicadores incluidos en el ANS. Durante las reuniones de seguimiento del servicio las partes revisan y acuerdan las acciones correctoras apropiadas si la calidad del servicio para alguna de las líneas de servicio se hubiera situado por debajo del nivel acordado contractualmente en el ANS.

#### 2.3.14.3 Categorización de las incidencias

Con el fin de homogeneizar los criterios utilizados para determinar la criticidad de los elementos de servicio incluidos en el ANS, es usual que se defina un modelo formal de categorización. Este dependerá, entre otros factores, del sistema, módulo o proceso implicado así como del volumen de usuarios afectados.

Cada una de las peticiones de servicio realizadas por el cliente se ubica en una categoría: (i) muy urgente, cuando se refiere a una incidencia que paraliza las funciones básicas del sistema y/o afecta a un número importante de usuarios; (ii) urgente, cuando la incidencia afecta a una parte de las funciones del sistema y/o afecta a un número menor de usuarios; o (iii) no urgente, cuando la incidencia afecta a una sola función del sistema y no tiene impacto grave en la operativa del usuario.

#### 2.3.14.4 Bonificaciones y penalizaciones

Si como consecuencia de la prestación del servicio, la calidad del mismo se situase por encima del ANS objetivo, las partes podrán acordar una bonificación para el prestador.

Sin embargo, lo relevante para el cliente en relación al ANS es incluir en el contrato una alusión al régimen de responsabilidad asociado al incumplimiento del mismo, incluso cuando este no produzca un daño al cliente. Tal régimen es distinto al configurado para supuestos de incumplimiento contractual de carácter general, ya que el referido aquí se limita exclusivamente a la inobservancia de lo dispuesto en el ANS, no al incumplimiento contractual de carácter general al que se vincula el régimen de responsabilidad *stricto sensu*<sup>101</sup>.

En el supuesto que la calidad del servicio del prestador se encuentre en un nivel inferior al del ANS objetivo, ello podrá suponer la aplicación al prestador de las sanciones pecuniarias que se hubieran pactado. Las fórmulas empleadas para la cuantificación de la sanción pecuniaria a abonar en supuestos de incumplimiento del ANS pueden alcanzar gran complejidad, pero todas comparten la misma premisa: cuanto mayor sea la desviación respecto de los parámetros acordados como correctos, mayor será el importe a abonar como penalización<sup>102</sup>. Como alternativa a la sanción pecuniaria, en el contrato de *outsourcing* puede pactarse la prestación de servicios adicionales sin coste para el cliente que compense el incumplimiento del ANS pactado.

El que el prestador no alcance el nivel de calidad incluido en el ANS rara vez tiene la gravedad suficiente como para equipararlo al incumplimiento de una

---

<sup>101</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 199.

<sup>102</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 199-200.

obligación esencial del contrato que frustre la finalidad de este último y que, por tanto, permita al cliente resolverlo con justa causa.

El establecimiento de penalizaciones en caso de incumplimiento del ANS aporta al contrato una garantía de seguridad jurídica adicional, ya que al estipular *a priori* las consecuencias del eventual incumplimiento de una obligación, objetivan el complicado entramado de la responsabilidad civil contractual<sup>103</sup>. En relación directa con lo anterior, las cláusulas penales suponen instrumentos de notable economía procesal, agilizando los juicios relacionados con la responsabilidad civil al estar las consecuencias derivadas de incumplimientos obligacionales previamente fijadas. En particular, y a título de ejemplo, es evidente que las cláusulas limitativas del *quantum* indemnizatorio evitan al Juez complicadas valoraciones del daño contractual.

Las sanciones pecuniarias suelen articularse como una cláusula penal en el contrato. Puede definirse la cláusula penal como aquella estipulación contractual por la que el prestador se compromete a satisfacer una determinada prestación, generalmente consistente en el pago al cliente de una cierta cantidad de dinero en el supuesto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de una obligación incluida en el contrato. El TS la definió como aquella «estipulación de carácter accesorio, establecida en un contrato, con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la obligación principal, en virtud de la que el deudor de la prestación que se trata de garantizar viene obligado a pagar por lo general una determinada cantidad de dinero»<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> DíEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *La mora y la responsabilidad contractual*, editorial Civitas, Madrid, 1996, p. 379.

<sup>104</sup> STS de 11 de marzo de 1957.

La normativa aplicable establece, respecto a las obligaciones con cláusula penal, que la pena sustituirá la indemnización de daños y el abono de intereses en caso de falta de cumplimiento, si otra cosa no se hubiere pactado<sup>105</sup>. Por tanto, si las partes no acordasen lo contrario, las penalizaciones sustituirán a la indemnización por daños y perjuicios que se hubieran ocasionado al cliente como consecuencia del incumplimiento del indicador concreto incluido en el ANS.

Otro acuerdo al que deberán llegar las partes es si las posibles penalizaciones que se impusieran al prestador computan o, por el contrario, serán adicionales al importe que se hubiera pactado en la cláusula restrictiva de responsabilidad para el prestador en virtud del contrato.

#### 2.3.14.5 Modificaciones del ANS

Es igualmente común que el propio ANS contemple la posibilidad, una vez iniciada la fase de servicio permanente, de revisar tanto los parámetros contenidos en el mismo como su cuantificación<sup>106</sup>. Los cambios en el ANS que pudieran requerirse, al tratarse de modificaciones contractuales, deberán ser acordados previamente por ambas partes para que surtan efectos.

Lo anterior aplicará, asimismo, cuando se produzcan variaciones significativas en elementos que pudieran afectar al ANS -e. g. una variación de la volumetría de los servicios o la incorporación de nuevos elementos de servicio con sus niveles de calidad correspondientes-.

---

<sup>105</sup> Vid. artículo 1.152 CC. Adicionalmente, el artículo 56 CCo establece que «en el contrato mercantil en que se fijare pena de indemnización contra el que no lo cumpliera, la parte perjudicada podrá exigir el cumplimiento del contrato por los medios de Derecho o la pena prescrita; pero utilizando una de estas dos acciones quedará extinguida la otra, a no mediar pacto en contrario».

<sup>106</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 198-199.

La finalidad de estas adaptaciones es tener en cada momento un ANS adaptado al servicio concreto que se preste. En caso que en el proceso de revisión del ANS no se llegara al consenso entre las dos partes, es habitual que se acuerde mantener en vigor la última revisión de ANS aprobada.

### **2.3.15 Activos informáticos necesarios para la prestación del servicio**

En la prestación de los servicios de *outsourcing*, el prestador podrá utilizar sus propios recursos tecnológicos, los recursos propiedad del cliente o una combinación ambos. Normalmente esta última es la solución más común.

Aunque no es una característica inherente al contrato de *outsourcing*, sí es habitual, como se vio en el apartado en el que se analizaban sus ventajas, que el cliente transfiera al prestador la totalidad o parte de los activos informáticos que venía utilizando internamente para desarrollar las actividades que ahora externaliza al prestador, generándose en un mismo documento contratos diferentes vinculados -perfeccionados de forma simultánea o sucesiva-. Y ello con el objetivo de obtener cierta liquidez. A pesar que adquirir la propiedad de estos activos no sea precisamente la opción preferida del prestador, lo cierto es que es habitual que este acepte abonar el valor residual de los mismos y recuperar esa inversión a través de la contraprestación económica que se derive del contrato, según los parámetros de su estructura de costes. Los activos informáticos podrán ser utilizados para dar servicio al cliente o para integrarse en el patrimonio del prestador para usarlos con el fin que este considere más oportuno.

La compraventa de activos informáticos incluirá, entre otros aspectos, el listado de los equipos informáticos objeto de transmisión, la contraprestación económica a abonar por el prestador y las garantías ofrecidas por el cliente.

Puede ocurrir que algunos de los activos informáticos del cliente estén soportados por un arrendamiento financiero -en inglés, *leasing*-. Esta operación mercantil, también conocida como de alquiler con opción de compra, es un contrato mediante el cual el arrendador otorga al arrendatario un derecho de uso de un bien a cambio de una renta periódica durante un plazo determinado, al término del cual el arrendatario tendrá la opción de devolver el bien, renovar el contrato o adquirirlo previo abono del valor residual del mismo. El valor residual será el importe que resulte de la diferencia entre el precio originario pagado por el arrendador, incluidos intereses y gastos, y las cantidades abonadas por el arrendatario al arrendador. En los supuestos que exista arrendamiento financiero sobre los activos informáticos será necesario revisar cuidadosamente si es factible alguna de las siguientes opciones: que el cliente ejerza la opción de compra de forma anticipada para, posteriormente, vender el activo al prestador o que el prestador se subrogue en la posición del cliente en el contrato existente con el arrendador.

En contratos de *outsourcing* de cierta complejidad suele ser habitual la inclusión de un anexo al contrato que regule todo lo relacionado con *hardware* y *software* así como con cualquier otro activo que pudiera requerirse para la correcta prestación del servicio.

A continuación se analizan los escenarios que, al respecto, suelen encontrarse.

#### 2.3.15.1 Contratos del cliente a gestionar por el prestador

Como parte de las tareas a realizar por el prestador, las partes pudieran acordar que este, tras la perfección del contrato, se ocupe de gestionar y administrar determinados contratos de *hardware*, *software* y otros elementos necesarios que el cliente tuviera formalizados con terceros y que fueran necesarios para la prestación del servicio de *outsourcing*.

Salvo que las partes acordasen algo diferente, lo anterior no tiene que implicar la cesión al prestador de los contratos de cuya gestión se ocupa, por lo que el cliente continuará siendo responsable de las todas las obligaciones dimanantes de los mismos. Sin perjuicio de lo anterior, el prestador deberá cooperar en lo que fuera razonable en relación a los contratos del cliente que gestionase. Asimismo, las partes deberán pactar quién asume el posible coste que se derive de la modificación o cancelación que pudiera aplicarse en relación a dichos contratos.

El cliente, como parte interviniente en cada uno de los contrato gestionados por el prestador, deberá obtener los consentimientos que fueran necesarios de cada una de las contrapartes para permitir que el prestador y sus subcontratistas puedan llevar a cabo la gestión y administración de los mismos, notificándoles, así mismo, de rol del prestador al respecto.

#### 2.3.15.2 Hardware propiedad del cliente y hardware propiedad de terceros

Respecto a los equipos informáticos, es necesario distinguir aquellos que son titularidad del cliente de aquellos que son propiedad de un tercero y que el cliente tiene arrendados. En el contrato se relacionará el *hardware* propiedad del cliente y los equipos arrendados por este. El prestador deberá respetar las posibles restricciones de uso que, sobre los equipos, se hubieran establecido.

En relación al *hardware* que no fuera titularidad del cliente, este último deberá recabar los consentimientos que fueran necesarios para que el prestador y sus subcontratistas pueda hacer uso del mismo en la medida que ello sea necesario para la prestación del servicio durante la vigencia del contrato. Si el cliente no obtuviese los consentimientos necesarios, las partes deberán realizar los ajustes que fueran necesarios en el contrato tomando en consideración este hecho.



Las partes podrán acordar que el cliente pueda modificar el *hardware* de su propiedad y los equipos arrendados por este sin necesidad de aprobación previa del prestador, con la condición que dichas modificaciones no afecten a la prestación del servicio y/o al esfuerzo que el prestador estimó para llevarlo a cabo. En caso contrario, lo razonable es que las partes acuerden activar el procedimiento de gestión de cambios antes de que el cliente proceda a la modificación del *hardware*.

#### 2.3.15.3 Software propiedad del cliente y software licenciado por terceros a este

Al igual que ocurriera con el *hardware*, otro de los aspectos relacionados con los activos necesarios para la prestación del servicio es la titularidad de las licencias de *software* que el cliente tiene instalado en sus máquinas y que, tras la externalización, pasarán a ser utilizados por el prestador.

En relación al *software*, incluidas las herramientas, bases de datos, datos, metodologías, etc., habrá que distinguir si son titularidad del cliente o lo son de un tercero. En el primero de los supuestos, el cliente deberá otorgar al prestador y a sus subcontratistas los derechos de explotación que fueran necesarios para prestar el servicio -e. g. la reproducción total o parcial por cualquier medio y bajo cualquier forma, ya fuere permanente o transitoria, la traducción, adaptación, arreglo y cualquier otra transformación<sup>107</sup>). En el segundo supuesto, al haber adquirido el cliente únicamente determinados derechos de explotación, deberá recabar del titular los derechos de explotación que el prestador y sus subcontratistas requiriesen para la correcta prestación del servicio ya que, de lo contrario, el titular de los derechos de explotación podrá impedir al prestador y sus subcontratistas el uso de los mismos. Es conveniente recordar que para una correcta cesión de

---

<sup>107</sup> Vid. artículo 99 LPI.

derechos de explotación se requiere que cedente y cesionario acuerden en un documento por escrito el alcance concreto de los derechos objeto de cesión<sup>108</sup>.

Salvo que las partes pactasen lo contrario, el cliente será el único y exclusivo responsable del mantenimiento del *software* que fuera de su propiedad, incluyendo las posibles mejoras que fueran necesarias para corregir los defectos que se detectasen. El prestador deberá respetar las posibles restricciones de uso que, sobre los activos *software*, se hubieran establecido.

#### 2.3.15.4 Activos informáticos propiedad del prestador y licenciados por terceros a este

El contrato deberá regular, asimismo, los equipos y aplicaciones informáticas que vayan a ser utilizados para prestar el servicio al cliente y que, por cualquier causa, fueran propiedad del prestador ya sea porque le pertenecían con carácter previo a la fecha de perfección del contrato, porque fueran adquiridos por el prestador después de la mencionada fecha, etc. Salvo que las partes acordasen lo contrario, el prestador será el único y exclusivo propietario y responsable de los citados activos informáticos, debiendo ocuparse de su mantenimiento.

En relación a los activos tecnológicos de terceros que hubieran sido arrendados -para el caso del *hardware*- o licenciados -para el caso del *software*- por el prestador, este será el responsable de obtener del titular de los mismos los consentimientos que fueran necesarios para que el cliente pueda hacer uso de estos durante el periodo de vigencia del contrato, en la medida que ello sea necesario para el servicio. El cliente deberá respetar las posibles restricciones de uso que, sobre los activos informáticos, se hubieran establecido.

---

<sup>108</sup> Vid. artículo 45 LPI.

## **2.3.16 Modelo de Gobierno**

### **2.3.16.1 Introducción**

Un elemento crítico para alcanzar un servicio eficiente es la necesidad del cliente y del prestador de trabajar en colaboración. Con el objetivo de velar por el cumplimiento del contrato y adoptar las decisiones necesarias para una prestación satisfactoria del servicio de *outsourcing*, el contrato deberá arbitrar un mecanismo de control del servicio a través de una estructura de comités integrados por representantes de ambas partes, también conocido como modelo de gobierno del contrato.

Aunque las partes pudieran acordar lo que considerasen más oportuno, a continuación se describe la regulación que suele establecerse en relación al modelo de gobierno y el procedimiento de resolución de incidencias, consultas y peticiones.

### **2.3.16.2 Comités de gobierno**

Con carácter general, los comités suele estructurarse en tres niveles de responsabilidad: dirección, seguimiento y operativo.

La reunión de los comités suele ser periódica o *ad hoc*. En este último supuesto, será necesaria la comunicación por escrito de cualquiera de las partes con una antelación razonable a la fecha de celebración de la reunión en la que se indique el lugar, la fecha y la hora de la reunión así como el orden del día.

Los comités suelen celebrar sus reuniones en las dependencias del cliente y el prestador elaborará, con la periodicidad acordada, los informes de servicio que servirán de base para las reuniones de los comités. Dichos informes incluirán cualquier hecho relevante que se haya producido en la prestación del servicio, el

ANS alcanzado, las mejoras o cambios en la forma de prestación de los servicios, etc. A la finalización de cada reunión, el prestador suele redactar el correspondiente acta que recoja la identidad de los asistentes, fecha y lugar de celebración, temas tratados y acuerdos alcanzados. Una vez revisada por el cliente, el acta será aprobada y firmada por un representante de cada una de las partes. En el caso de no alcanzarse acuerdo sobre un acta concreta en los plazos que se hubieran acordado, la aprobación del acta suele incluirse como punto a tratar en el orden del día de la siguiente reunión del comité que corresponda.

#### *2.3.16.2.1 Comité de dirección*

El comité de dirección es el máximo órgano de control del servicio, con capacidad para representar tanto al cliente como al prestador en el marco de colaboración de servicio de *outsourcing*. Mantiene una visión global del conjunto del servicio, de sus hitos y sus interdependencias, así como de los riesgos potenciales e incidencias. Está formado por los responsables del contrato por parte del prestador y del cliente. Las funciones del comité de dirección suelen ser, entre otras, marcar las estrategias y líneas generales de actuación cuando estas afecten a elementos establecidos en los objetivos del servicio, gestionar y resolver cualquier disputa continuada entre los participantes en el servicio que no haya sido posible resolver, tras un período de tiempo razonable, por el comité de seguimiento y efectuar el control económico, de plazos y de calidad del servicio.

#### *2.3.16.2.2 Comité de seguimiento*

Es el órgano de gestión de servicio, dependiente del comité de dirección. Forman parte de este comité el gestor del servicio del prestador y el representante de la dirección de sistemas del cliente. Entre las funciones del comité de seguimiento suelen encontrarse la revisión y análisis del servicio prestado y su nivel de calidad, la puesta en práctica de las directrices del comité de dirección, la presentación de propuestas de cambios con impacto relevante en el servicio, la

aprobación de cambios sin excesiva relevancia en el servicio y la resolución de asuntos relacionados con el contrato. Las cuestiones que no puedan ser resueltas en este comité serán elevadas al comité de dirección para su resolución.

#### *2.3.16.2.3 Comité operativo*

Las reuniones del comité operativo suelen estar formadas por el equipo de servicio del prestador y los usuarios o representantes del cliente. Los objetivos de estas reuniones suelen tener un carácter más técnico e ir dirigidas, entre otros objetivos, a analizar y priorizar peticiones, a coordinar las acciones en curso, a aceptar la puesta en marcha de nuevos servicios y/o modificaciones en los ya existentes y, en definitiva, a resolver las incidencias propias de la gestión diaria del servicio.

#### *2.3.16.3 Procedimiento para la resolución de incidencias, consultas y peticiones*

Con el fin de resolver incidencias, consultas y peticiones, cada uno de los contratantes designará a una persona de contacto como responsable de la recepción, seguimiento y resolución de las mismas. En el supuesto que una incidencia, consulta y/o petición concreta fuera remitida al prestador y a este no le correspondiese atenderla, escalará la cuestión al cliente para que ambas partes determinen al responsable de su atención.

Si surgieran discrepancias sobre la interpretación del contrato, las partes someterán la disputa a los comités, que deberán emplear sus mejores esfuerzos para intentar resolverlas de buena fe. De no alcanzar un acuerdo en el comité de dirección, cada una de las partes tendrá plena libertad para acudir al órgano jurisdiccional previsto en el contrato o al órgano extrajudicial que hubieran pactado para la resolución de conflictos.

### **2.3.17 Aspectos laborales**

Un análisis detallado de los principales puntos relacionados con la normativa laboral que afectan al contrato de *outsourcing* se trata en Capítulo 3 del presente trabajo.

La relación comercial de *outsourcing* entre las partes tiene carácter exclusivamente mercantil, no existiendo vínculo laboral alguno entre el cliente y el personal del prestador. Por tanto, amparado en la existencia del contrato de *outsourcing*, el personal del prestador no podrá ser considerado, ni de hecho ni de Derecho, empleado del cliente y dependerá únicamente de la dirección del prestador a todos los efectos, incluidos los aspectos laborales y de Seguridad Social. Por tanto, el personal que preste los servicios estará dirigido y controlado por un supervisor perteneciente a la propia plantilla del prestador. A este supervisor le corresponderá impartir a su personal las instrucciones precisas para la correcta ejecución de los servicios y actuará como interlocutor de las personas que, pertenecientes a la plantilla del cliente, fueran designadas para la coordinación y el control de la prestación del servicio.

### **2.3.18 Contraprestación económica**

#### **2.3.18.1 Precio del servicio**

La regulación del régimen económico del contrato, en operaciones de *outsourcing* de cierta complejidad, suele detallarse en un anexo al que se remite el cuerpo del contrato tras indicar que se trata de una obligación que corresponde al

cliente. El precio puede quedar fijado en el contrato, aunque bastará para su validez que se establezcan las bases para su fijación posterior<sup>109</sup>.

Dadas las peculiaridades del servicio de *outsourcing*, el plan de pagos establece la forma en que se remunerará el servicio —e. g. con un periodicidad mensual, cuando se alcancen determinados hitos—, teniendo en cuenta que cada pago podrá tener una componente de coste de carácter fijo y otra variable. Este último componente puede establecerse, entre otros elementos, en función de los servicios cuya realización concreta no pueda acordarse anticipadamente y, por tanto, no sea posible determinar previamente su importe —e. g. servicios adicionales prestados, ampliación de la capacidad mensual incluida en la línea base para cubrir un aumento en la demanda, desplazamientos, alojamientos y dietas del personal del prestador, intervenciones puntuales fuera del horario del servicio—. Los honorarios incluidos en la factura, incluyendo los componentes fijo y variable, se gravarán con el IVA vigente en el momento de emisión de la factura.

Como suele ocurrir en los contratos de *tracto sucesivo*, en el contrato de *outsourcing* normalmente se prevén mecanismos de revisión del precio acordado inicialmente, generalmente vinculando las variaciones a índices externos objetivos, como pudiera ser el IPC.

### 2.3.18.2 Facturación

Las partes deberán acordar el momento y/o periodicidad en el que deberá abonarse la contraprestación económica derivada de los servicios de *outsourcing*. Con carácter general, los honorarios correspondientes a los servicios recurrentes

---

<sup>109</sup> Como afirma la SAP de León, de 8 de mayo de 2003, «así lo admite la jurisprudencia ya desde antiguo [...] bien porque faltan de momento datos para poder calcularla, bien porque siquiera se podrá precisar el volumen o alcance de los servicios a prestar; en última instancia, cuando hubo voluntad de contratar el servicio a cambio de un precio, en caso de discrepancia sobre este, lo determinarán los Tribunales».

suelen facturarse con una periodicidad mensual. Lo relevante es que el precio sea cierto, independientemente de la forma que se pacte para calcularlo<sup>110</sup>. Por su parte, los honorarios que resulten de la posible aplicación de los componentes variables del precio se suelen incluir en la factura del mes correspondiente.

En la última década, la UE ha prestado una atención creciente a los problemas de los plazos de pago excesivamente amplios y a la morosidad en el pago de deudas contractuales, debido a que deterioran la rentabilidad de las empresas y producen efectos especialmente negativos en la PYME. Asimismo, las disparidades existentes entre los Estados miembros respecto a las legislaciones y prácticas en materia de pagos constituye un obstáculo para el buen funcionamiento del mercado interior. Como consecuencia de lo anterior, se elaboró la Recomendación de la Comisión, de 12 de mayo de 1995, relativa a los plazos de pago en las transacciones comerciales. Sin embargo, al considerar que con esta y otras medidas adoptadas no se habían resuelto los problemas de morosidad identificados, se promulgó la Directiva 2000/35/CE. Esta norma comunitaria se transpuso a nuestro ordenamiento jurídico mediante la Ley de lucha contra la morosidad, la cual establece el plazo de exigibilidad de la deuda y la determinación del tipo de interés de demora en defecto de pacto entre las partes e impide que la voluntad de las partes sirva para proporcionar al cliente una liquidez adicional a expensas del prestador.

En relación a los plazos de emisión de factura y pago, la Ley de lucha contra la morosidad obliga a lo indicado a continuación. El prestador deberá remitir la factura o solicitud de pago equivalente al cliente antes de que se cumplan quince días naturales a contar desde la fecha de la prestación de los servicios. Por su parte, el cliente, tomando como referencia la fecha de prestación de los servicios,

---

<sup>110</sup> CASALS COLLDECARRERA, M. "Voz: Arrendamiento de Servicios" *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. II, (Dir.) MASCAREÑAS, C.E., Seix Editor, Barcelona, 1983.



dispondrá de un plazo que no podrá exceder los sesenta días naturales para abonar la factura. Si los contratantes no hubieran fijado fecha o plazo de pago en el contrato, este será de treinta días naturales después de la fecha de prestación de los servicios<sup>111</sup>. El hecho que el cliente tenga establecido un día específico de cada mes para pagar a sus proveedores no es óbice para cumplir con el plazo de pago mencionado. En el supuesto que las partes hubieran dispuesto un procedimiento de aceptación o de verificación de la conformidad de los bienes o los servicios entregados con lo dispuesto en el contrato, como suele ser habitual en los contratos de *outsourcing*, su duración no podrá exceder de treinta días naturales a contar desde la fecha de la prestación de los servicios. En este caso, el plazo de pago será de treinta días después de la fecha en que tiene lugar la aceptación o verificación de los servicios, incluso si la factura o solicitud de pago se hubiera recibido con anterioridad a la aceptación o verificación<sup>112</sup>.

#### 2.3.18.3 Devengo de intereses de demora

La Ley de lucha contra la morosidad establece que el cliente, como obligado al pago de la deuda dineraria surgida como contraprestación de los servicios recibidos, incurrirá en mora y deberá pagar el interés pactado en el contrato o el fijado por la citada Ley automáticamente por el mero incumplimiento del pago en el plazo pactado o legalmente establecido. Y ello sin que se requiera aviso de vencimiento ni intimación alguna por parte del prestador. Este último tendrá derecho a intereses de demora cuando haya cumplido sus obligaciones contractuales y legales y cuando el cliente no pueda probar que no es responsable del retraso en el pago. Cuando las partes hubieran pactado calendarios de pago

---

<sup>111</sup> Vid. artículos 4.1 y 4.3 de la Ley de lucha contra la morosidad.

<sup>112</sup> Vid. artículo 4.2 de la Ley de lucha contra la morosidad.

para abonos a plazos y los pagos no se abonen en la fecha acordada, los intereses de demora se calcularán únicamente sobre la base de las cantidades vencidas<sup>113</sup>.

El interés de demora que deberá abonar el cliente será el que resulte del contrato y, en defecto de pacto, la suma del tipo de interés aplicado por el Banco Central Europeo a su más reciente operación principal de financiación efectuada antes del primer día del semestre natural de que se trate más ocho puntos porcentuales<sup>114</sup>. Además, el prestador tendrá derecho a reclamar al cliente una indemnización por todos los costes de cobro debidamente acreditados que haya sufrido a causa de la mora de este<sup>115</sup>.

#### 2.3.18.4 Cargos en disputa

Las partes pudieran acordar que el cliente tenga la potestad de retener el pago de conceptos específicos incluidos en la factura si los cuestionase, de buena fe, con motivos razonables. Sin embargo, aquellos conceptos que no fueran objeto de disputa deberán ser abonados en la fecha de vencimiento pactada.

En el supuesto de retención de pagos, el cliente deberá notificar al prestador por escrito, antes de la fecha de vencimiento del pago, de su intención de retener el pago y los motivos para ello. Las partes deberán, de buena fe, realizar sus mejores esfuerzos para resolver la disputa y, de no hacerlo en el plazo que hubieran acordado, la parte que se considere perjudicada podrá acudir a los mecanismos de resolución de conflictos incluidos en el contrato.

---

<sup>113</sup> *Vid.* artículos 5 y 6 de la Ley de lucha contra la morosidad.

<sup>114</sup> El Ministerio de Economía y Hacienda está obligado, en virtud del artículo 7.3 de la Ley de lucha contra la morosidad, a publicar semestralmente en el BOE el tipo de interés resultante por la aplicación de la norma contenida en el artículo 4.2 de la citada Ley.

<sup>115</sup> *Vid.* artículos 7 y 8 de la Ley de lucha contra la morosidad.

### **2.3.19 Benchmarking**

El proceso de *benchmarking* permite al cliente, a través de la contratación de un tercero ajeno a la relación negocial de *outsourcing*, determinar si los precios y/o servicios que están siendo ejecutados por el prestador son competitivos comparados con los que, en el momento de realizarse el proceso, se ofrecen por otros prestadores para servicios de la misma naturaleza ejecutados en términos y condiciones similares a los establecidos en el contrato.

Sin embargo, la realidad es que resulta difícil comparar precios y/o servicios de contratos tan complejos como son los de *outsourcing*, debido al gran número de variables que incluyen -e. g. la naturaleza de los servicios prestados, las inversiones asumidas por el prestador, el modelo de precios del contrato, el entorno tecnológico del cliente y el ANS-. Por ello, la mayoría de las comparaciones que se realizan generan resultados poco rigurosos y, por tanto, tienen un valor ciertamente cuestionable.

Si las partes decidieran regular contractualmente el proceso de *benchmarking* es recomendable que observen, entre otros, los siguientes aspectos: (i) quién se hace cargo del coste del proceso; (ii) número de procesos máximo a realizar por el cliente durante la vigencia del contrato; y (iii) la obligación del cliente de suscribir con el tercero encargado del proceso el correspondiente acuerdo de confidencialidad y de no facilitarle información confidencial sin contar con el consentimiento previo y expreso del prestador. Si el proceso de *benchmarking* revelase desviaciones en el precio o en productividad resultarán de aplicación las consecuencias que las partes hubieran pactado al respecto.

### **2.3.20 Exclusividad**

En determinadas ocasiones, las partes pudieran acordar incluir en el contrato algún pacto que impida al prestador ejecutar servicios similares a terceras

empresas, normalmente competidoras del cliente. Esta limitación puede aplicar al prestador como empresa o únicamente a aquellos empleados que hubieran estado involucrados en la prestación del servicio de *outsourcing*.

En lo que respecta a la limitación del prestador, como compañía, a no prestar servicios similares a competidores del cliente, mi opinión al respecto es que este tipo de restricciones tienen poca razón de ser y perjudican sobremanera al prestador. El cliente externaliza la gestión de sus sistemas informáticos porque considera que el prestador, que tiene como actividad empresarial principal la gestión de los servicios informáticos de sus clientes, lo hará con una mayor eficiencia y a un menor coste. Sin embargo, el prestador ha podido desarrollar sus aptitudes porque ha tenido la oportunidad de prestar servicios similares a otras empresas en el pasado -algunas de ellas, posiblemente, del mismo sector de actividad del cliente- y el cliente ahora puede contratar los servicios con el prestador, entre otras razones, porque estas empresas no le exigieron exclusividad alguna. Resulta, por tanto, ciertamente contradictorio que el cliente desee beneficiarse del conocimiento adquirido por el prestador y, al mismo tiempo, le limite la perfección de contratos similares en el futuro. Adicionalmente, si el prestador es capaz de garantizar la seguridad de los sistemas y la confidencialidad de los datos desde un punto de vista técnico y con el respeto de la normativa aplicable, parece no existir razón suficiente para que el prestador no formalice contratos de *outsourcing* con terceros, sean estos competidores o no del cliente.

En relación a la restricción para determinados empleados del prestador a prestar servicios similares a competidores del cliente, junto al argumento previamente esgrimido podría añadirse el hecho de que el prestador necesita libertad para gestionar a su personal, incluyendo la posibilidad de asignarlo a otros proyectos o contratos si lo considera más adecuado para cumplir con las obligaciones adquiridas con sus clientes. Como se ha analizado, en los contratos de *outsourcing* suele incluirse un ANS cuyo incumplimiento puede suponer la

aplicación de penalizaciones al prestador. Por lo tanto, el cliente deberá confiar en este y otros remedios que le proporciona el contrato y evitar limitar al prestador en su libertad de prestar servicios informáticos a otras empresas. Cualquier traba por parte del cliente en relación a los empleados del prestador -e. g. mantener a determinados empleados asignados a él de forma exclusiva o prohibir que estos no presten servicios a sus competidores-, implica un serio obstáculo para que el prestador gestione de forma eficiente los contratos con sus clientes, con el inevitable impacto en el precio del servicio.

Si las partes decidieran incluir un pacto de exclusividad en el contrato, deberán regular, a título enunciativo, los siguientes aspectos: (i) los servicios a los que aplica; (ii) la fecha de inicio y de fin de la exclusividad; (iii) el territorio al que aplica; (iv) las empresas a las que no se permite prestar servicio; así como (v) las empresas del grupo del prestador<sup>116</sup> y/o el listado exhaustivo de los empleados a los que afecta la restricción.

Si el prestador incumpliese el pacto de exclusividad, ello facultaría al cliente a solicitar la nulidad de cualquier otro acuerdo posterior entre el prestador y el tercero que resultare incluido en el ámbito de la misma siempre que el tercero conociera dicho pacto. En el supuesto que no procediera la nulidad por no conocer el tercero la existencia del pacto de exclusiva entre el prestador y el cliente, en todo caso podría reclamar el cliente al prestador los daños y perjuicios en virtud de la responsabilidad contractual en que incurrió violando dicha cláusula. El tercero, vía responsabilidad extracontractual<sup>117</sup>, también podría estar obligado solidariamente a indemnizar por los posibles daños causados. Las penalizaciones que pudieran

---

<sup>116</sup> Vid. artículo 42 CCo.

<sup>117</sup> Vid. artículo 1.902 CC.

aplicarse, salvo pacto en contrario, sustituirán a los daños y perjuicios que pudieran causarse al cliente<sup>118</sup>.

### **2.3.21 Confidencialidad y *know-how***

En virtud de las relaciones negociales entre prestador y cliente y con el único objetivo de cumplir con los fines del contrato, ambos tendrán acceso a información sensible y/o valiosa así como a secretos empresariales de la contraparte que forman parte de sus respectivos negocios. Salvo pacto en contrario, suele acordarse que toda la información revelada, mostrada o comunicada entre los contratantes en relación con la negociación, preparación y ejecución del contrato, deberá ser tratada confidencialmente y ser utilizada solamente a los fines del mismo. Con la intención de evitar reiteraciones, se remite a lo mencionado en el presente Capítulo en relación al acuerdo de confidencialidad para tener el detalle de los aspectos que habitualmente se regulan en relación a las obligaciones de confidencialidad de los contratantes.

Adicionalmente, en los supuestos en los que el tipo de información que intercambien sea extremadamente sensible para la parte que la revela, se podría plantear exigir a la contraparte que despliegue algún tipo de tecnología con el objetivo de identificar, monitorizar y proteger la citada información -e. g. sistemas de prevención de fuga de información o cualesquiera otros que cumplan tal fin-. Y, junto a la citada tecnología, un compromiso de la contraparte de establecer las medidas de seguridad necesarias en relación al acceso a datos y su trazabilidad<sup>119</sup>.

En los supuestos en los que el prestador esté trabajando en las instalaciones del cliente, o si accediese en remoto a los sistemas corporativos del

---

<sup>118</sup> Vid. artículo 1.152 CC.

<sup>119</sup> *Cloud Compliance Report*, versión 1, CSA-ES - ISM Forum Spain, mayo 2011, pp. 91-92.

cliente desde sus propias instalaciones o si acudiese a reuniones de los comités mixtos creados para la gestión del servicio, el prestador pudiera tener acceso a información estratégica, sensible y/o secretos empresariales del cliente. Y lo cierto es que una cláusula estándar o genérica de confidencialidad es susceptible de ser tomada con menor seriedad que disposiciones específicas e inequívocas sobre la información que necesita ser tratada con un cuidado especial así como el detalle de los procedimientos especiales que el cliente y sus subcontratistas deberán adoptar en relación a la misma. Si fuera posible, el cliente debiera realizar el esfuerzo de identificar su información sensible a la que el personal del prestador pudiera acceder como consecuencia del servicio, ya sea por su contenido o su forma -e. g. información sobre su estructura del negocio, datos financieros, listas de empleados, clientes, proveedores, etc.-. Cuanto más concisa sea la obligación de confidencialidad para el prestador, mayores serán las posibilidades de resultar eficaz.

Si el prestador utiliza servicios de terceros contratistas y estos tuvieran que acceder a información confidencial del cliente, el prestador debe asumir la responsabilidad en el contrato en relación al uso que, de la citada información, hicieran dichos terceros y asegurarse que estos cumplen con las obligaciones de confidencialidad establecidas en el contrato perfeccionado entre el cliente y el prestador.

Conviene recordar que el *software* de terceros pudiera estar sujeto a restricciones de confidencialidad adicionales impuestas por la licencia de su titular que, asimismo, deberán respetar tanto el cliente como el prestador.

Al llevar a cabo la externalización del servicio es además frecuente que el personal del prestador se beneficie del *know-how* obtenido como consecuencia de las tareas realizadas para el cliente y que dicho *know-how* sea utilizado en el futuro -o inclusive en paralelo- para ofrecer servicios de *outsourcing* similares a otras

empresas. El *know-how*, o saber hacer, se puede definir como el conjunto de información práctica no patentada derivada de pruebas y experiencias, que es secreta, importante y útil para el destinatario y está descrita de manera suficientemente exhaustiva para poder verificar que se ajusta a los criterios de secreto y sustancialidad<sup>120</sup>. Sin embargo, ese *know-how* a utilizar en la prestación de servicios a terceros por parte del prestador no podrá contener información confidencial o específica del cliente, salvo autorización expresa de este último.

### **2.3.22 Protección de datos de carácter personal**

El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en los ficheros titularidad del cliente por parte del prestador y sus subcontratistas se analiza debidamente en el Capítulo 4, al que me remito.

La cláusula de protección de datos es un elemento clave de todo contrato de *outsourcing*, debido a que prácticamente todos los clientes son titulares de ficheros que contienen datos de carácter personal que suelen ser tratados por el prestador en su rol de encargado del tratamiento.

La LOPD<sup>121</sup> y el RLOPD<sup>122</sup> regulan el contenido mínimo del contrato que deberá regir dicho tratamiento. Sin embargo, la firma del mismo o de una cláusula que incluya todos el contenidos anteriormente citado no resulta suficiente en la práctica para evitar posibles sanciones por la AEPD. El cliente, igualmente, deberá revisar que el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de la legislación vigente, lo que se traduce en una doble obligación: elegir un prestador de servicios adecuado y asegurarse de que cumple con la normativa

---

<sup>120</sup> Vid. artículo 1.1.i del Reglamento CE/772/2004.

<sup>121</sup> Vid. artículo 12 LOPD.

<sup>122</sup> Vid. artículos 21 y 22 RLOPD.



sobre protección de datos aplicable. Teniendo en cuenta la dificultad que esto entraña en la práctica, suelen incluirse dos aspectos adicionales a la cláusula que se analiza: (i) que el prestador declare reunir las garantías suficientes para cumplir con la legislación vigente en materia de protección de datos y, en especial, con las medidas de seguridad técnicas y organizativas aplicables a los tratamientos a efectuar; y (ii) que se prevea la posibilidad de que el cliente verifique el cumplimiento de la legislación por el prestador a través del correspondiente proceso de auditoría<sup>123</sup>.

Por otra parte, y en el probable caso de que se presten servicios *off-shore*, si el prestador necesitara acceder a datos de carácter personal desde fuera del EEE o desde países que carezcan de un nivel equiparable de protección, deberá tenerse en cuenta el régimen de transferencias internacionales de datos<sup>124</sup> y, de resultar necesario, solicitar la autorización del Director de la AEPD. Un proceso que, dependiendo de las circunstancias, puede llegar a ser largo y tedioso, a pesar de la existencia de unas cláusulas contractuales tipo aprobadas por la Comisión Europea que han contribuido a su simplificación<sup>125</sup>.

Es importante, igualmente, cumplir con la obligación de hacer constar cualquier subencargo de tratamiento que las partes acordaran<sup>126</sup>.

Otro aspecto relacionado con la protección de datos, aunque de menor relevancia, es el referido al tratamiento de datos relativos a las personas físicas que firman el contrato y de aquellas otras personas que sean necesarias para el mantenimiento de la relación negocial. La normativa sobre protección de datos

---

<sup>123</sup> *Cloud Compliance Report*, op. cit., p. 96.

<sup>124</sup> *Vid.* artículos 33 y 34 LOPD.

<sup>125</sup> *Cloud Compliance Report*, op. cit., pp. 95-96.

<sup>126</sup> *Vid.* artículo 21 RLOPD.

prevé, de forma específica, este aspecto. Una de las novedades que incorporó el RLOPD fue la exclusión de su aplicación a los datos de las definidas como «personas de contacto», bajo ciertas condiciones. Esta norma establece que no será aplicable a los tratamientos de datos referidos a personas jurídicas, ni a los ficheros que se limiten a incorporar los datos de las personas físicas que presten sus servicios en ellas, consistentes únicamente en su nombre y apellidos, las funciones o puestos desempeñados, así como la dirección postal o electrónica, teléfono y número de fax profesionales<sup>127</sup>. Esto supone una excepción a la aplicación de las normas que garantizan el derecho a la protección de datos, por lo que debe tratarse de forma estricta y restrictiva. Por ello, por un lado, los datos tratados deberán limitarse efectivamente a los meramente necesarios para identificar al sujeto en la persona jurídica a la que presta sus servicios, encontrándose sometido a la LOPD cualquier tratamiento que contenga datos adicionales a los citados<sup>128</sup>; y por otro lado, la finalidad del tratamiento debe perseguir una relación directa entre quienes traten el dato y la entidad, siendo el dato del sujeto únicamente el medio para lograr esa finalidad<sup>129</sup>. Sin perjuicio de lo anterior, es habitual que el contrato de *outsourcing* se regule de forma concreta este aspecto. Las partes informan a los firmantes del contrato de cada una de las compañías que los datos personales que faciliten se introducirán en un fichero automatizado con la finalidad de gestionar el mantenimiento de la relación

---

<sup>127</sup> Vid. artículo 2.2. RLOPD.

<sup>128</sup> Según establece el Informe 2008/078 de la AEDP sobre el ámbito de aplicación de la legislación de protección de datos. Aplicación a empresarios individuales y personas de contacto (artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento), no se encontrarían excluidos de la LOPD los ficheros en los que, por ejemplo, se incluyera el dato del documento nacional de identidad del sujeto, al no ser este necesario para el mantenimiento del contacto empresarial. Igualmente, y por razones obvias, nunca podrá considerarse que se encuentran excluidos de la LOPD los ficheros del empresario respecto de su propio personal, en que la finalidad no será el mero contacto, sino el ejercicio de las potestades de organización y dirección que al empresario atribuyen las leyes.

<sup>129</sup> En el mismo Informe 78/2008 de la AEPD se clarifica que la excepción contenida en el artículo 2.2 RLOPD aplicará en caso de que el tratamiento responda a relaciones B2B, por lo que las comunicaciones dirigidas a la empresa únicamente incluyen el nombre de la persona como medio de representar gráficamente el destinatario de la misma.

comercial. De igual forma, suelen aprovechar para solicitar el consentimiento expreso para remitirse mutuamente comunicaciones comerciales a través de cualquier medio, incluidos los electrónicos.

### **2.3.23 Propiedad intelectual**

Tal y como se analiza, en detalle, en el Capítulo 5 dedicado específicamente a la propiedad intelectual, la regulación de esta se verá sometida a la voluntad de las partes.

Con carácter general, cada parte mantiene sus derechos de propiedad intelectual preexistentes al momento de la formalización del contrato de *outsourcing*. La propiedad intelectual de cada parte, que, independientemente del soporte en el que se encuentre, pueda llegar a facilitar a la contraparte, es y seguirá siendo propiedad de la parte que ostentaba la titularidad. A la terminación del contrato por cualquier causa dicha información le será inmediatamente devuelta o, si el titular de la misma así lo requiriese, eliminada de los ficheros de datos, programas, listados o documentación que mantenga la contraparte. Esa propiedad intelectual no podrá ser utilizada por la contraparte para ningún propósito que no esté relacionado con la ejecución del contrato y no podrá ser revelada, divulgada o vendida o de alguna forma explotada comercialmente sin el previo consentimiento del titular de la misma.

Respecto a los desarrollos que se hubieran realizado como consecuencia de servicios incluidos en el alcance del contrato de *outsourcing* -considerados como obras en virtud de la LPI-, las posibilidades son varias. Una alternativa pudiera ser que el cliente ostente en exclusiva todos los derechos de explotación, cediendo en modalidad no exclusiva al prestador los derechos que fueran necesarios para que este pueda prestar el servicio. Otra alternativa pudiera ser que las partes compartieran la propiedad de tales derechos, bien porque así lo pacten, bien

porque así resulte de la normativa aplicable, al considerarse ambos autores si el desarrollo fuera resultado unitario de la colaboración entre prestador y cliente<sup>130</sup>. Una tercera posibilidad es que el prestador, como creador, se reserve en exclusiva todos los derechos de explotación, otorgando al cliente en modalidad no exclusiva determinados derechos de explotación<sup>131</sup>.

Sin perjuicio de lo que se acuerde, tal y como se ha comentado previamente, las disposiciones del contrato no debieran ser interpretadas en el sentido de impedir a ninguna de las partes el uso del *know-how* adquirido en virtud de la relación negocial para realizar sus respectivas actividades empresariales.

En ocasiones, y sobre todo en aquellos supuestos en que se otorga al cliente la cesión de los derechos de explotación sobre los desarrollos, se pretende incluir una alusión adicional a la cesión de derechos de propiedad industrial que, rara vez, resulta de aplicación a los servicios de *outsourcing* por el tipo de servicio de que se trata y los desarrollos que se realizan. Como es sabido, la propiedad intelectual se funda en principios diferentes de los que constituyen la protección que recibe la propiedad industrial, siendo ambos independientes, compatibles y acumulables<sup>132</sup>.

---

<sup>130</sup> *Vid.* artículo 97.3 LPI.

<sup>131</sup> *Vid.* DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Comentario a la Sentencia de 12 de diciembre de 1988*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 18, 1988, p. 1.068 y DELGADO ECHEVERRÍA, J. *Miscelánea de jurisprudencia sobre programas de ordenador y contratos de informática*, Aranzadi Civil, nº 26, 1996, pp. 13-14.

<sup>132</sup> En lo referido a los programas de ordenador, el artículo 104 LPI establece lo siguiente: «Lo dispuesto en el presente Título se entenderá sin perjuicio de cualesquiera otras disposiciones legales tales como las relativas a los derechos de patente, marcas, competencia desleal, secretos comerciales, protección de productos semiconductores o derecho de obligaciones». Lo anterior no es contradictorio con lo establecido en el artículo 4.4.c) LP, donde se indica que no se consideran invenciones los programas de ordenador. Y ello porque, aunque lo anterior es cierto, el artículo 4.5 LP aclara que «se excluye la patentabilidad de las invenciones mencionadas en el mismo solamente en la medida en que el objeto para el que la patente se solicita comprenda una de ellas».

Es importante reflejar en el contrato que cada parte mantendrá indemne a la otra frente a cualquier reclamación de un tercero derivada de un uso no autorizado de sus elementos protegidos por derechos de propiedad intelectual<sup>133</sup>.

### **2.3.24 Garantía sobre los entregables del servicio**

Los servicios incluidos en el alcance del contrato deberán ser ejecutados por el prestador con el debido rigor y profesionalidad. Por ello, otro de los aspectos a regular contractualmente es el referido a la garantía que el prestador ofrezca sobre los entregables que deriven de la prestación del servicio de *outsourcing*. Entre otros aspectos, a través de la garantía se proporciona al cliente la seguridad que durante el periodo de misma los entregables desarrollados por el prestador y la documentación asociada se ajustarán sustancialmente a las especificaciones acordadas.

El cliente dispondrá del plazo que las partes acordasen para revisar los entregables y verificar si estos se adecúan a lo previsto en el contrato. El cliente deberá notificar al prestador, dentro del plazo de garantía que las partes acuerden, los defectos o errores que hubiera detectado y le suministrará la información de soporte que resulte de aplicación. El prestador deberá resolver los defectos o errores que le sean directa y exclusivamente imputables, soportando todos los gastos que se deriven de ello y debiendo el cliente colaborar en todo lo necesario para proceder a la corrección de los mismos. Se deberá acordar si el período de garantía queda interrumpido en el momento en que se aprecie la existencia de defectos o errores hasta su efectiva subsanación o, por el contrario, el periodo de garantía sigue su curso.

---

<sup>133</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, p. 193.

Junto a lo anterior, las partes deberán pactar aquellas situaciones en las que no resultará de aplicación la garantía, -e. g. en el supuesto que el defecto o error sea debido a la manipulación del entregable por personal ajeno al prestador, fallos de los sistemas y equipos del cliente, el desgaste natural y causas de fuerza mayor-. Si una vez arreglada la anomalía se comprobase que el origen de la misma no era imputable al prestador, las partes deberán acordar la forma de compensar al prestador por el esfuerzo incurrido para su resolución.

Si el cliente no notificase la existencia de anomalías durante el periodo de garantía debe entenderse que los entregables en cuestión son conformes con el contrato.

### **2.3.25 Auditorías**

Para verificar si la prestación del servicio es conforme a las condiciones contractuales, el cliente pudiera requerir efectuar auditorías sobre el mismo. Las auditorías podrán contemplar cualquier aspecto del servicio realizado por el prestador, incluyendo metodología, ANS, cumplimiento de normativa aplicable, etc.

Si las partes acordasen la posibilidad de que se realicen auditorías, toda la información intercambiada por las partes durante el proceso de auditoría, incluidos los resultados de la misma, deberá considerarse información confidencial.

El contrato deberá regular, así mismo, los derechos y obligaciones de cada una de las partes al respecto. En lo referido al prestador, este deberá permitir, en las condiciones que se acuerden, que los auditores designados por el cliente accedan a la información relevante del servicio, a las instalaciones donde se estén prestando los servicios y al personal encargado de la realización de los mismos con la finalidad de confirmar que los servicios se están ejecutando de conformidad con el contrato. En lo que respecta a los auditores, estos deberán llevar a cabo las

auditorías de manera que causen los mínimos inconvenientes e interrupciones en la prestación del servicio por parte del prestador -e. g. en días hábiles y durante las horas de trabajo del prestador, comunicándolo a este con una antelación razonable para que pueda tener a disposición el personal y la documentación que fuera necesaria durante el proceso de auditoría-.

Es común que el prestador solicite que el cliente no pueda utilizar como auditores a empresas que fueran competidores suyos y que los auditores formalicen el correspondiente acuerdo de confidencialidad en relación a la información sensible a la que pudieran acceder como consecuencia del proceso de auditoría. Los auditores estarán únicamente facultados para auditar datos o informaciones referidos al servicio de *outsourcing*, absteniéndose de acceder a cualquier otra información del prestador que no hubiera autorizado este o que no sea relevante para los fines de la auditoría autorizada.

Se deberá acordar quién será el responsable de asumir el coste que se derive de las auditorías y si aplica un número máximo de auditorías a realizar durante la vigencia del contrato.

Al término de una auditoría, el cliente deberá ratificar con el prestador si los datos identificados en la misma son correctos y facilitarle una copia del informe de auditoría. Acto seguido, las partes deberán acordar las medidas que consideren más oportunas para solventar las desviaciones detectadas y/o adoptar medidas de mejora que resulten convenientes.

### **2.3.26 Causas y efectos de terminación del contrato**

Otro de los aspectos a regular en una relación de *outsourcing* es el relativo a la acción resolutoria del contrato, incluyendo las causas que podrán dar lugar a la resolución del mismo antes de cumplirse el plazo acordado de expiración, el

periodo de preaviso y las consecuencias que aplicarán en cada uno de los supuestos.

Sin embargo, al incluir los extremos citados no debe olvidarse que el plazo de duración del contrato pactado por cliente y prestador tiene fuerza de Ley entre las partes contratantes y, por ende, deberá ser respetado<sup>134</sup>.

### 2.3.26.1 La acción resolutoria

#### 2.3.26.1.1 *Concepto y regulación*

La acción resolutoria puede definirse como aquella facultad implícita que tienen los contratantes con obligaciones recíprocas para solicitar la resolución del contrato junto con la indemnización de los daños y perjuicios causados, ante un incumplimiento por la contraparte de sus obligaciones. Por regla general, no tiene derecho a solicitar la resolución el contratante incumplidor, salvo cuando haya existido un incumplimiento anterior de la contraparte.

Esta acción, aplicable al contrato de *outsourcing*, aparece regulada, con carácter general, en el artículo 1.124 CC: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando este resultare imposible [...]». El TS, en relación a este artículo 1.124 CC, argumenta que «como precepto genérico, y aparte de otras alternativas frente a ese incumplimiento, se refiere a todo tipo de contratos bilaterales, cuando se incumpla por alguno de los obligados

---

<sup>134</sup> Vid. artículo 1.091 CC.



lo que les incumbe, en cuyo caso, automáticamente, el perjudicado, en su caso, podrá instar la resolución, aunque, claro es, ese remedio no esté previsto en el contrato, porque se trata de una facultad resolutoria implícita en las recíprocas»<sup>135</sup>.

### 2.3.26.1.2 *Requisitos*

Según entienden R. M. MÉNDEZ y A. VILALTA<sup>136</sup>, para que la acción resolutoria implícita establecida en el artículo 1.124 CC pueda prosperar es preciso que quien la alegue acredite, en el proceso correspondiente, que se cumplen los siguientes requisitos.

En primer lugar, la reciprocidad de las obligaciones estipuladas en el contrato<sup>137</sup>. Este requisito no significa únicamente que en el contrato se hayan establecido obligaciones para ambas partes sino que, adicionalmente, las obligaciones adquiridas por cada parte y resultantes del contrato sean equivalentes las unas respecto de las otras<sup>138</sup>. Por tanto, no existirá reciprocidad entre aquellas obligaciones de carácter accesorio y aquellas que se configuren como obligaciones principales<sup>139</sup>, sin perjuicio de la reclamación de daños y perjuicios a que puede dar lugar el incumplimiento de alguna obligación accesorio del contrato.

---

<sup>135</sup> STS de 22 de enero de 1991.

<sup>136</sup> MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, A. *La resolución contractual: acción resolutoria en el contrato de compraventa*, edición 2ª, editorial Bosch, 2002.

<sup>137</sup> STS de 10 de julio de 1998.

<sup>138</sup> STS de 5 de enero de 1935.

<sup>139</sup> STS de 10 de marzo de 1974.

En segundo lugar, la exigibilidad de las obligaciones; esto es que las obligaciones no estén sujetas a condición o término que impida que estas apliquen<sup>140</sup>.

En tercer lugar, que quien ejercite la acción resolutoria no haya incumplido las obligaciones que le concernían. En caso contrario, el demandado podrá oponer la *exceptio non adimpleti contractus*. En el supuesto que se hubiera producido el incumplimiento de ambos contratantes, sus recíprocas responsabilidades se neutralizarán<sup>141</sup>.

En cuarto lugar, que el demandado haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían, debiendo ser apreciado ese incumplimiento por los Tribunales<sup>142</sup>. Tradicionalmente, la jurisprudencia había exigido una voluntad rebelde y obstativa al cumplimiento por el incumplidor, equiparando su actitud a un comportamiento doloso. Sin embargo, con posterioridad, el TS afirma que «la más reciente jurisprudencia ha venido a matizar tal concepto, aclarando que no es preciso que el contratante incumplidor actúe con el ánimo deliberado de causar tal incumplimiento, bastando que pueda atribuírsele una conducta voluntaria, obstativa al cumplimiento del contrato en los términos en que se pactó»<sup>143</sup>. De esta forma, los presupuestos para la apreciación de incumplimiento por parte del deudor han sido matizados por la más moderna doctrina jurisprudencial en el sentido de que para la resolución del contrato no se requiere una actitud dolosa del incumplidor que es a lo que apunta la frase «actitud deliberadamente rebelde» al cumplimiento, sino que es suficiente que se frustre el fin del contrato para la otra parte, que haya un incumplimiento inequívoco y objetivo, sin que sea preciso una tenaz y persistente

---

<sup>140</sup> STS de 10 julio de 1998.

<sup>141</sup> STS de 14 de enero de 1999.

<sup>142</sup> STS de 3 de noviembre de 2000.

<sup>143</sup> STS de 5 de septiembre de 1991.

resistencia obstativa al cumplimiento, bastando frustrar, como ya se dice, las legítimas aspiraciones de la contraparte siempre que tal conducta del incumplidor no represente dejar de cumplir prestaciones accesorias o complementarias<sup>144</sup>. De hecho, en los contratos de *outsourcing*, para determinados cumplimientos defectuosos que no tienen la entidad suficiente para provocar la facultad de resolución, tal y como se analizó previamente al estudiar el ANS, se suelen acordar determinadas consecuencias, como pudiera ser es establecimiento de penalizaciones. Se distinguen, por tanto, el servicio de *outsourcing* contratado en global de las distintas prestaciones o tareas que lo componen, por lo que una ejecución defectuosa de alguna de las tareas no supone que la obligación de prestación global del servicio se haya visto incumplida.

En quinto lugar, que tal incumplimiento recaiga sobre los elementos esenciales del contrato, de tal forma que este frustre la finalidad contractual del mismo<sup>145</sup>. Es importante para ejercitar la acción resolutoria que el incumplimiento sea definitivo -esto es, que no resulte posible satisfacer el interés contractual lesionado-, lo que ocurre si el objeto entregado no es idóneo<sup>146</sup> o si existe una inactividad o pasividad prolongada de la contraparte<sup>147</sup>. Por tanto, no será suficiente alegar un simple retraso<sup>148</sup> -a no ser que se haya establecido una fecha límite como obligación esencial que impida, por el retraso, destinar la prestación objeto del contrato a su fin<sup>149</sup>-. En definitiva, el incumplimiento ha de ser de tal entidad que impida el fin normal del contrato, frustrando las legítimas expectativas de la

---

<sup>144</sup> STS de 6 de noviembre de 1991. En el mismo sentido, STS de 1 de junio de 1992, STS de 27 de enero de 1993, STS de 21 de enero de 1999 y STS de 21 noviembre de 2000, entre otras muchas.

<sup>145</sup> STS de 5 de noviembre de 1989 y STS de 20 de junio de 1993, entre otras.

<sup>146</sup> STS de 3 de abril de 1981.

<sup>147</sup> STS de 10 de marzo 1983.

<sup>148</sup> STS de 27 de noviembre de 1992, STS de 18 de noviembre de 1993 y STS de 7 de marzo de 1995.

<sup>149</sup> STS de 14 de diciembre de 1983.

contraparte, aunque sin que pueda exigirse una aplicación literal de la expresión «voluntad deliberadamente rebelde», que sería tanto como exigir dolo.

En sexto lugar, que el incumplimiento sea imputable al deudor.

Por último, resaltar que la parte que hubiera cumplido con su obligación, salvo que se hubiera acordado expresamente lo contrario, no estará obligada a realizar requerimiento previo alguno a la parte que hubiera incumplido su obligación<sup>150</sup>.

A los citados requisitos deberán sumarse aquellos que las partes hubieran pactado *ad hoc* en el contrato.

#### 2.3.26.2 Causas de terminación del contrato

##### 2.3.26.2.1 *Expiración*

La expiración del término contractual o de cualquiera de sus prórrogas conlleva la extinción del contrato.

##### 2.3.26.2.2 *Resolución anticipada de mutuo acuerdo*

El desistimiento mutuo es un acuerdo de voluntades<sup>151</sup> de las partes que tiene por finalidad dejar sin efecto la relación negocial de *outsourcing*, sin acudir a la vía judicial. En rigor, no se está ante un supuesto de invalidez del contrato ni de una ineficacia sobrevenida del negocio constitutivo, sino de una extinción de la

---

<sup>150</sup> STS de 3 de abril de 2000.

<sup>151</sup> *Vid.* artículo 1.255 CC.

relación contractual. Como tal, el contrato de resolución deberá reunir los requisitos de capacidad, objeto, causa, forma, necesarios para ser considerado válido.

#### 2.3.26.2.3 *Resolución anticipada por incumplimiento contractual*

El TS ha reconocido que «la opción para exigir el cumplimiento o la resolución de lo convenido corresponde a la parte perjudicada por el incumplimiento del contrato y puede ejercitarla ya en la vía judicial, ya fuera de ella»<sup>152</sup>.

A pesar de lo anterior, antes de proceder a la terminación del contrato por incumplimiento de la contraparte es conveniente que cliente y prestador acuerden que ante alguna disputa o si se alegase algún incumplimiento, se adopten las siguientes medidas. Con carácter previo a iniciar un procedimiento de la resolución formal de una disputa, reclamación o controversia en relación al contrato, lo razonable es que las partes intenten resolverla escalando hasta el comité de dirección y, ello, en base a la buena fe. Si los intentos de llegar a una solución aceptable para ambas partes no fructificasen, cada una de las partes podrá acudir al órgano competente para la resolución de disputas que hubieran designado en el contrato.

A continuación se analizan los procedimientos a disposición de la parte que hubiera sufrido el incumplimiento para resolver el contrato: por declaración o mediante la interposición de la acción judicial que corresponda.

---

<sup>152</sup> STS de 15 de febrero de 1993.

### 2.3.26.2.3.1 Resolución por declaración de la parte que hubiera sufrido el incumplimiento

La jurisprudencia ha venido admitiendo como válida la resolución por declaración de la parte que hubiera sufrido el incumplimiento. A través de ella, ante un incumplimiento de una de las partes, la contraparte le concede un plazo para el cumplimiento de sus obligaciones y le comunica que, en caso de no subsanación en el plazo señalado, el contrato quedará resuelto, con los efectos que le son inherentes<sup>153</sup>. Si no se hubiera acordado, para llevar a cabo la acción resolutoria, el requisito de facilitar al incumplidor un plazo durante el cual el incumplidor pueda proceder al cumplimiento de la obligación, en ese caso puede admitirse que la resolución se produzca en el momento en que se comunique al incumplidor la declaración de resolución, pero si se suscita contienda judicial, el efecto resolutorio dependerá de que los Tribunales declaren correctamente realizada la resolución.

Pudiera ocurrir, sin embargo, que la declaración de resolución fuese impugnada por una de las partes. En este supuesto, es doctrina reiterada del TS que «cuando existe un pacto de *lex commissoria*, es decir, cuando en el contrato se han establecido por las partes unas condiciones que regulan el ejercicio de la resolución contractual, y se ha convenido que el incumplimiento de esas condiciones operen como causa de la resolución, entonces esta se produce de forma automática, y no en virtud de la facultad de resolver contratos recíprocos que establece el artículo 1.124 CC. Ahora bien, si la declaración de resolución se impugna por la otra parte, lógicamente ha de quedar sometida al examen y sanción

---

<sup>153</sup> STS de 20 de junio de 1980, entre otras.

de los Tribunales, que declararán si es o no ajustada a Derecho, pues los efectos de la resolución han de ser instados y obtenidos por la vía judicial»<sup>154</sup>.

#### 2.3.26.2.3.2 Resolución mediante interposición de acción judicial de resolución contractual

La resolución se puede instar, igualmente, mediante la presentación de la correspondiente demanda, a través de la cual se pretende la resolución contractual por el incumplimiento de la otra parte. En relación al contrato de *outsourcing*, la LEC no establece una norma específica para la determinación de la clase de juicio a seguir<sup>155</sup>. Por tanto, la determinación de si se tramita juicio ordinario o verbal vendrá condicionada por razón de la cuantía: si el importe de la demanda fuese inferior a 6.000 euros, el juicio a seguir será el verbal<sup>156</sup>, mientras que si supera la citada cuantía o resulta imposible calcular su interés económico -lo cual ocurrirá en la mayoría de las ocasiones, tomando en consideración la entidad económica de estos contratos-, se seguirán los trámites del juicio declarativo ordinario<sup>157</sup>. La prueba de las causas del incumplimiento corresponde al que las alega<sup>158</sup> y, salvo que exista un término especial de prescripción para exigir el cumplimiento o

---

<sup>154</sup> STS de 4 de abril de 1990, STS de 15 de febrero de 1993 y STS de 20 de junio de 2000, entre otras.

<sup>155</sup> *Vid.* artículos 249 y 250 LEC. Como excepción, el artículo 249.5 LEC establece que las demandas en que se ejerciten acciones relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia, se decidirán en juicio ordinario. Sin embargo, debe partirse de la base que el contrato de *outsourcing* objeto de análisis en el presente trabajo parte de una negociación *ad hoc* por cliente y prestador, por lo que no le resultará de aplicación la citada estipulación.

<sup>156</sup> El juicio verbal aparece regulado en los artículos 437 a 447 LEC.

<sup>157</sup> La regulación del juicio ordinario se regula en los artículos 399 a 436 LEC.

<sup>158</sup> STS de 27 de noviembre de 1992 y STS de 3 de noviembre de 2000.

resolución de la obligación, la acción resolutoria en el Derecho común prescribe en el plazo de quince años<sup>159</sup>.

#### 2.3.26.2.4 *Resolución anticipada ante un escenario de fuerza mayor*

Aunque no se pacte de forma expresa, ninguna de las partes responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables<sup>160</sup>, incluidos los supuestos de caso fortuito o fuerza mayor. Por lo tanto, en este escenario, las partes quedarán eximidas del cumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del contrato por el período de tiempo y en la medida en que resulte imposible llevar a cabo, en todo o en parte, los servicios objeto del mismo.

En caso de que la situación de caso fortuito o fuerza mayor se prolongue en el tiempo, es habitual que las partes acuerden que transcurrido un plazo razonable cada una de ellas pueda instar la resolución del contrato con justa causa, resultando de aplicación las consecuencias que, para este supuesto, se hubiesen pactado. En este sentido, el TS consideró que tiene lugar la resolución pero sin consecuencias indemnizatorias<sup>161</sup>.

#### 2.3.26.2.5 *Resolución anticipada por conveniencia*

Una de las prerrogativas que se incluyen, en ocasiones, en los contratos de *outsourcing*, es la de terminación anticipada del contrato de forma unilateral por conveniencia para una o ambas partes, sin necesidad de alegar justa causa. Estas estipulaciones permiten extinguir el vínculo contractual sin que ocurra ningún tipo

---

<sup>159</sup> Vid. artículo 1.964 CC.

<sup>160</sup> Vid. artículo 1.105 CC.

<sup>161</sup> STS de 14 de diciembre de 1998.



de incumplimiento por la contraparte. Por tanto, se trata de la facultad de poner fin a la misma mediante un acto enteramente libre y voluntario, que no tiene que fundarse en ninguna causa especial -e. g. porque el cliente desee desarrollar internamente las actividades externalizadas o transferirlas a otro proveedor o porque la prestación del servicio no le suponga al prestador el retorno de la inversión efectuada o el beneficio esperado-, soliendo exigirse que medie un preaviso a la contraparte.

#### 2.3.26.2.6 *Resolución anticipada por causas diferentes*

Nada impide que las partes puedan acordar causas diferentes a las mencionadas que les facultarán para activar la resolución del contrato con carácter anticipado a su expiración. De hecho, con frecuencia se incluyen en los contratos de *outsourcing*, normalmente a petición del cliente, un listado de situaciones que las partes consideran que constituyen un incumplimiento *per se* del contrato.

Algunos ejemplos se incluyen a continuación: (i) si se produce la fusión, escisión o la cesión global del activo y el pasivo de la contraparte<sup>162</sup>; (ii) si se produce un cambio en el control de la administración, concurso de acreedores u otras circunstancias que impacten en la solvencia financiera de la contraparte; (iii) si la contraparte iniciase la prestación de servicios considerados competitivos o concurrentes con los realizados por la otra parte; (iv) si la contraparte no cumpliera determinadas condiciones acordadas de mutuo acuerdo.

---

<sup>162</sup> Es habitual, en ocasiones, acotar los supuestos que permiten la resolución anticipada cuando la entidad resultante o beneficiaria de las mencionadas operaciones esté bajo el control o sea una empresa del grupo de entidades competidoras de la contraparte -e. g. que se produzca la entrada en el consejo de administración de un competidor o representante persona física de un competidor de la contraparte en el mercado español o que se produzca la entrada en el capital de un competidor de la contraparte en el mercado español-.

### 2.3.26.3 Efectos de la terminación anticipada

#### 2.3.26.3.1 *De carácter general*

De tener lugar la resolución contractual, esta producirá dos efectos fundamentales: la resolución del contrato y, de resultar aplicable, la indemnización por los daños y perjuicios que pudieran haberse causado a la parte que hubiera sufrido el incumplimiento.

Así, el contrato quedará resuelto, extinguiéndose las obligaciones recíprocas que se hubieran contraído. Con carácter general, los efectos se producen con carácter retroactivo, de manera que las partes deberán recíprocamente devolverse lo que hubieran percibido con efectos *ex tunc*, como si el contrato no se hubiera celebrado. Sin embargo, debe tomarse en consideración el diferente régimen aplicable a las relaciones duraderas, tal y como estableció el TS: «[...] esa eficacia retroactiva no puede aplicarse respecto a relaciones duraderas que, en todo o en parte, han sido consumadas, cual sucede en contratos como los de arrendamiento, de agencia o de comisión mercantil, en que la resolución del vínculo contractual opera *ex nunc*, produciéndose, por tanto, únicamente efectos liquidatorios de la situación existente al tiempo de la resolución contractual [...]»<sup>163</sup>. En el seno de una operación de *outsourcing*, al ser *tracto sucesivo*, el contrato habrá desplegado sus efectos de forma válida hasta el momento en que se opta por la terminación del mismo, habiendo quedado satisfecho el interés de ambas partes conforme se han ido cumpliendo las distintas prestaciones objeto del servicio y hasta el momento de la resolución efectiva, por lo que la resolución producirá efectos únicamente desde el momento de la terminación anticipada del contrato, sin que aplique carácter retroactivo alguno.

---

<sup>163</sup> STS de 10 de julio de 1998.

Adicionalmente, con carácter accesorio al efecto resolutorio, ante el incumplimiento de una obligación principal de uno de los contratantes, la contraparte podrá optar por exigirle el cumplimiento de la citada obligación o por resolver el contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. El TS ha confirmado, respecto a la indemnización, lo siguiente: «el artículo 1.124 CC faculta la resolución del contrato y la indemnización que otorga tiene carácter accesorio a la resolutoria que se presenta como la principal, a favor de aquel contratante al que le asisten causas legítimas para denunciar las relaciones contractuales e instar su resolución»<sup>164</sup>.

Sin embargo, es necesario que se determine en cada caso de resolución contractual si procede o no la indemnización de daños y perjuicios. Existe una sólida línea jurisprudencial que defiende que el mero incumplimiento de un contrato no genera, por si solo, una obligación indemnizatoria, pues el surgimiento de esta se condiciona a la prueba de la existencia y realidad del daño o perjuicio derivado de tal incumplimiento<sup>165</sup>. Esta doctrina se matizó, sin embargo, por el TS, indicando lo siguiente: «Esta Sala tiene reiteradamente declarado, aparte de otras, en sentencias de 5 de junio de 1985, 9 de mayo, 27 de junio de 1984 y 22 de octubre de 1993 que, por regla general, el incumplimiento, cuando así se declara, es *per se* dé un daño, un perjuicio, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que las controversias de los contratantes no tienen ninguna repercusión, sin que, por otra parte, sean equiparables los supuestos en que hay ausencia total de prueba respecto a la realidad de los daños y perjuicios y aquellos otros en los que la falta de elementos de convicción afectan no a la existencia de los daños que

---

<sup>164</sup> STS de 19 octubre de 1995.

<sup>165</sup> STS de 8 de julio de 1952, STS de 16 de mayo de 1979, STS de 27 de junio de 1984, STS de 30 de septiembre de 1989, STS de 24 de julio de 1990, STS de 29 de noviembre de 1990 y STS de 29 de noviembre de 1991, entre otras.

se deducen del simple incumplimiento, sino a su cuantía»<sup>166</sup>. «Si bien es cierto que la jurisprudencia tiene establecido que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejados los daños y perjuicios, también ha dicho que tal doctrina no es de aplicación absoluta y radical, y que en casos en los que los daños y perjuicios se presenten como reales y efectivos, no viene a ser necesario acreditar su realidad cuantificada, por ser consecuencia forzosa del incumplimiento decretado, que fue provocado única y exclusivamente por la parte demandada, lo que determina por sí la obligación reparadora que surge como efecto inevitable (Ss. de 24-1-1975, 5-6-1985, 30-9-1988, 7-12-1990, 15-4 y 15-6-1992), habiendo declarado la sentencia de 22 de octubre de 1993, que no se acomoda a la justicia efectiva las situaciones creadas por la decisión unilateral de una de las partes y las mismas no pueden quedar impunes y libres de toda compensación y reintegro económico, al conformar *in re ipsa* el propio perjuicio y la prueba la representa la situación provocada deliberadamente por quien obtuvo el lucro»<sup>167</sup>.

Por lo tanto, a pesar que el incumplimiento contractual no lleva necesariamente aparejado el pago de daños y perjuicios, en el supuesto que estos se presenten como reales y efectivos no es necesario acreditar su realidad cuantificada, por ser consecuencia forzosa del incumplimiento decretado lo que determina por sí la obligación reparadora que surge como efecto inevitable<sup>168</sup>.

Sin perjuicio de un análisis en mayor profundidad en el apartado del Capítulo 6 referido a la responsabilidad civil por daños, se puede adelantar a grandes rasgos que el sistema español admite la exclusión de determinados daños y la limitación cuantitativa de la indemnización de los daños no excluidos por los contratantes. Y,

---

<sup>166</sup> STS de 31 de diciembre de 1998.

<sup>167</sup> STS de 25 de febrero de 2000.

<sup>168</sup> STS de 15 de junio de 1992 y STS de 25 de febrero de 2000.

de hecho, este es el escenario más habitual que puede encontrarse en los contratos de *outsourcing*.

#### 2.3.26.3.2 *De carácter específico para el contrato de outsourcing*

Con carácter adicional a los anteriores efectos descritos, por las características propias del *outsourcing*, cualquier supuesto de resolución del contrato -incluso por causas imputables al cliente-, dará lugar al inicio de la fase de retorno para devolver el servicio al cliente o transferirlo al tercero que este hubiera designado. La duración de esta fase suele pactarse en el momento de la perfección del contrato con el objetivo que el cliente se halle en condiciones de asumir nuevamente la gestión del servicio o de subcontratar este a un tercero. Esta fase requiere la estrecha colaboración entre las partes, con especiales deberes de diligencia y buena fe para el prestador. Adicionalmente, en cualquier supuesto de terminación anticipada del contrato, el cliente deberá abonar al prestador la totalidad de las contraprestaciones económicas correspondientes por los servicios prestados hasta la fecha efectiva de terminación del servicio.

En el supuesto de desistimiento unilateral por conveniencia de cualquiera de las partes, junto al pago de los servicios al prestador hasta el momento de la terminación del contrato, las partes pudieran acordar que la parte que hubiera instado el desistimiento unilateral compense económicamente a la otra tomando como referencia para calcular el importe a abonar el momento en que se hubiera producido la notificación de desistimiento. Esta compensación suele pactarse como la única responsabilidad de la parte que solicita el desistimiento unilateral frente a la otra parte por todos los conceptos, incluidos daños y perjuicios.

#### 2.3.27 **Fuerza mayor y caso fortuito**

Con carácter general, se entenderán supuestos de fuerza mayor y caso fortuito aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o que, aún previstos,

fueran inevitables, y que dan como resultado la exoneración de responsabilidad ante el incumplimiento -o un retraso en el cumplimiento- de cualesquiera de las obligaciones incluidas en el contrato<sup>169</sup>. Se trata de circunstancias que interrumpen el nexo de causalidad, por lo que ninguna de las partes aparecerá como responsable aunque se hubiera ocasionado un daño a la contraparte. No debe olvidarse que, en un sistema de responsabilidad subjetiva o por culpa como el que mantiene nuestro CC, si no existe nexo causal no es posible hablar de responsabilidad civil.

A tal efecto, el TS recuerda que «la fuerza mayor se caracteriza por dimanar de sucesos imprevistos e inevitables que rebasan los tenidos en cuenta en el curso normal de la vida y extraños al desenvolvimiento ordinario de un proceso industrial»<sup>170</sup>.

Para distinguir entre caso fortuito y fuerza mayor puede establecerse que se está ante un caso fortuito cuando se trate de un hecho absolutamente imprevisible -e. g. la interrupción del suministro eléctrico como consecuencia de un cortocircuito-, mientras que se está ante un supuesto de fuerza mayor cuando acontece un hecho imprevisible y, adicionalmente, inevitable -e. g. la interrupción del suministro eléctrico como consecuencia de un huracán-. A título enunciativo, podrían entenderse como escenarios de fuerza mayor los siguientes: actos de guerra, disturbios civiles, tumultos y huelgas<sup>171</sup>, fenómenos de la naturaleza -incendios, inundaciones, terremotos, condiciones atmosféricas catastróficas, etc.<sup>172</sup>-, epidemias, fallos en el suministro eléctrico, etc.

---

<sup>169</sup> Vid. artículo 1.105 CC.

<sup>170</sup> STS de 22 de diciembre de 1997.

<sup>171</sup> STS de 3 de octubre de 1994.

<sup>172</sup> STS de 12 septiembre de 2002.

Ante un hecho de fuerza mayor, los contratantes deberán iniciar los trámites para reducir el posible impacto negativo en el servicio y, de no ser posible, acordar las condiciones de prestación alternativas que sean razonables para ambas partes. Si cualquiera de las partes se viera impedida cumplir con sus obligaciones contractuales, lo razonable es que las partes acuerden que la parte que se vea impedida lo notifique a la contraparte y que sus obligaciones queden en suspenso mientras continúe la situación de fuerza mayor. En cualquier caso, la parte que se vea afectada por un hecho de fuerza mayor deberá realizar sus mayores esfuerzos para, en la medida de lo posible, cumplir con lo estipulado en el contrato y mitigar los efectos negativos que pudieran derivarse. En el momento que cese la situación de fuerza mayor, la parte que se hubiera visto afectada por la misma deberá comunicarlo a la contraparte y reanudar el cumplimiento de sus obligaciones contractuales.

### **2.3.28      Transferencia de tecnología**

En términos generales, la palabra tecnología se refiere a productos finales de investigación y desarrollo científico presentados en forma de invenciones o conocimientos especializados que se utilizan como instrumentos o procedimientos para crear productos y servicios nuevos o mejorados destinados a satisfacer mejor las necesidades del mercado. La tecnología, al tratarse de un bien intangible, permite a numerosos usuarios utilizarla de forma simultánea con propósitos iguales o diferentes sin que ello afecte a su funcionalidad. Por ello el titular de la tecnología podría licenciarla a tantas empresas como considerase oportuno, maximizando así los beneficios derivados de esta.

A esta tecnología es posible acceder mediante I+D+i en la propia empresa, en colaboración con terceros o adquiriendo tecnología desarrollada por terceros que se encuentre disponible en el mercado. En ocasiones esta última opción es la más aconsejable para evitar invertir tiempo y recursos económicos que una empresa pudiera necesitar para otras finalidades. Junto a lo anterior, parece interesante que

una empresa que haya desarrollado un producto nuevo o haya mejorado uno ya existente se informe de las posibles empresas a las que pudiera resultarle de utilidad, ya que la transferencia de ese conocimiento es una buena opción para obtener ingresos por el producto desarrollado. Hoy día, ni siquiera las grandes multinacionales desarrollan toda su tecnología internamente, optando por externalizar a terceros el desarrollo de determinados componentes y tecnologías.

En el seno de un proceso de *outsourcing* pudiera resultar interesante para los contratantes llevar a cabo transferencia de tecnología, siempre que lo estimen oportuno en función de las circunstancias concretas.

El acuerdo de transferencia de tecnología tiene por objeto la cesión de conocimientos -de índole productivo, administrativo, financiero, técnico, comercial, industrial, etc.-, para que esta pueda ser utilizada por el destinatario de la misma. Sin embargo, es preciso que la tecnología transferida no se encuentre patentada, pues su carácter secreto chocaría con su inscripción en el registro que, como ocurre con el de patentes y marcas, tiene carácter público. Algunos ejemplos serían la cesión de ciertas metodologías de trabajo, procedimientos o ideas que no hubieran sido patentadas.

Para conocer la regulación de la transferencia de tecnología es necesario acudir al derecho de defensa de la competencia<sup>173</sup> así como al de competencia desleal<sup>174</sup>. En el contrato de transferencia de tecnología se regularán las obligaciones de las partes. Al tratarse de un contrato atípico, las partes deberán incluir las obligaciones que, de mutuo acuerdo, pacten.

---

<sup>173</sup> *Vid.* la Ley de Defensa de la Competencia.

<sup>174</sup> *Vid.* la Ley de Competencia Desleal.



Por parte del transmitente, es habitual incluir, entre otras, las siguientes obligaciones: (i) suministrar y otorgar los derechos pactados sobre los productos que constituyan el objeto del contrato –e. g. tecnología, conocimientos, métodos de trabajo, innovaciones técnicas-; (ii) prestar soporte al destinatario para adaptar los productos suministrados a sus necesidades concretas; (iii) impartir al adquirente la formación que requiera para el manejo de los productos suministrados; (iv) actualizar los productos suministrados, con la periodicidad que se acuerde, en el supuesto que el transmitente hubiera desarrollado nuevas versiones de los mismos; (v) no suministrar productos idénticos a competidores directos del adquirente.

Por parte del adquirente, este deberá cumplir, a título enunciativo, con las siguientes obligaciones: (i) abonar al transmitente la contraprestación económica acordada. Es habitual que dicho importe se fije como *royalties*, en función de los beneficios que de la explotación de los productos suministrados obtenga el adquirente; (ii) no desvelar secretos relacionados con productos suministrados; (iii) hacer uso de los productos suministrados en los términos y condiciones incluidos en el contrato y respetando, en su caso, las limitaciones temporales o territoriales que se le hubieren impuesto; (iv) no realizar competencia al transmitente distribuyendo productos similares a los que les fueron suministrados; (v) informar al transmitente, a la mayor celeridad, de posibles notificaciones sobre infracción de derechos de propiedad intelectual y/o industrial que pudiera recibir de terceros.

### **2.3.29 Miscelánea**

#### **2.3.29.1 Introducción**

Para finalizar con el contenido del documento contractual de *outsourcing*, al igual que ocurre en cualquier otro tipo de contrato, suelen incluirse las disposiciones generales relativas a los documentos que componen el contrato así como el orden de prevalencia de estos, notificaciones y relación entre cliente y prestador, la cláusula destinada a regular las consecuencias de la nulidad de

cualquier pacto incluido en el contrato así como cualquier otro aspecto que las partes estimen aplicable a su relación comercial.

#### 2.3.29.2 Acuerdo íntegro

Como es sabido, los documentos previos, coetáneos o posteriores a la perfección de un contrato pueden servir para juzgar la intención de los contratantes.

A pesar que la normativa se refiere expresamente a los actos coetáneos y posteriores al contrato<sup>175</sup>, nada impide que no puedan tomarse en consideración para interpretar la intención de los contratantes los actos previos vinculados a la contratación que tuvieran cierta relevancia así como cualquier otro elemento que no sea específicamente un acto, tales como el documento de oferta del prestador, correos electrónicos intercambiados entre las partes, etc. De hecho, son precisamente estos actos y documentos previos a la contratación los que más acertadamente pueden revelar la intención real de los contratantes.

A pesar de lo anterior, en el sector tecnológico se ha implantado la práctica de incluir una cláusula en el contrato que desvincula expresamente de la relación comercial cualquier acto o documento previo a la perfección del contrato -regla conocida en el sistema anglosajón como *four corners rule*-. Por tanto, los únicos referentes para conocer los términos y condiciones que regirán la relación entre las partes serán el propio contrato, las posibles adendas y/o anexos al mismo y la normativa que con carácter imperativo pudiera resultar de aplicación al servicio.

---

<sup>175</sup> Vid. artículo 1.282 CC. Vid. HERNANDO COLLAZOS, I. *Contratos informáticos. Derecho Informático. Legislación y práctica*, editorial RST, San Sebastián, 1995, p. 769.

### 2.3.29.3 Prevalencia contractual

En el supuesto que alguna de las disposiciones incluidas en el cuerpo del contrato resulte contradictoria con lo establecido en los anexos, las partes deberán establecer si prevalecerá el cuerpo del contrato o los anexos. Así mismo, se deberá incluir el orden de prelación en el supuesto que, entre distintos anexos, se produzcan incongruencias.

### 2.3.29.4 Invalidez del contrato

Se denomina invalidez a la negación de la fuerza jurídica vinculante de un contrato por ser este contrario a Derecho. Existen dos tipologías de invalidez: la nulidad y la anulabilidad.

#### 2.3.29.4.1 *Nulidad*

Tal y como se ha comentado, los actos contrarios a las normas imperativas o prohibitivas son nulos de pleno Derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención<sup>176</sup>.

El contrato nulo no es susceptible de convalidación, ni por voluntad de las partes mediante ratificación, ni por el transcurso del tiempo.

La acción de nulidad es imprescriptible y es meramente declarativa. La nulidad de un contrato puede hacerla valer cualquier interesado e, incluso, ser declarada de oficio por el Juez cuando le consten los hechos de que se deriva. Una vez declarada la nulidad, esta produce efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, de manera que las partes deberán actuar como si este no jamás se hubiera

---

<sup>176</sup> *Vid.* artículo 6.3 CC.

formalizado y como si estuvieran en la misma situación preexistente a la de su celebración.

Tal y como indica P. DE PABLO, «el contrato o acto nulo no produce efecto alguno y por eso si eventualmente el mismo hubiese ocasionado desplazamientos patrimoniales u otra clase de consecuencias, las mismas habría de deshacerse, volviendo las cosas a la situación que tenían, como si aquellos nunca hubieran existido»<sup>177</sup>.

En cualquier caso, la nulidad de un contrato, por su propia naturaleza, deberá aplicarse de forma restrictiva, especialmente en una relación comercial como la de *outsourcing* en la están involucrados intereses económicos y estratégicos de calado. En caso de que cualquiera de las estipulaciones del contrato fuera o llegara a ser nula o de imposible ejecución, es habitual que las partes acuerden que la validez o la ejecutoriedad de las demás estipulaciones del contrato no se vean afectadas por tal circunstancia. En línea con la doctrina del *favor negotii* o de persistencia de los contratos, cuando proceda, la estipulación nula o de imposible ejecución deberá reemplazarse por una estipulación adecuada y equitativa que, hasta donde sea legalmente permisible, se aproxime a la intención y al objeto de la citada estipulación nula o de imposible ejecución pretendidos por las partes atendiendo a la finalidad del contrato, al resto de su clausulado, a la normativa vigente, a los usos, a la buena fe objetiva así como a los intereses en juego, siempre bajo el principio de la obtención del equilibrio contractual. Lo anterior resultará de aplicación, por tanto, cuando sólo algún pacto concreto no esencial fuera declarado nulo.

#### 2.3.29.4.2 Anulabilidad

---

<sup>177</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (Coord.) DE AGUIRRE ALDAZ, C. M., edición 3ª, editorial Colex, Madrid, 2011, p. 485.

La anulabilidad, sin embargo, de existir, ocurre en contratos que son válidos por contener los requisitos esenciales, pero sufren de un vicio que afecta su eficacia.

El contrato anulable puede ser convalidado, ya sea expresamente o por el transcurso del tiempo. Mientras que el contrato anulable no sea impugnado, será válido. La acción de anulabilidad es constitutiva y, de convalidarse el contrato, se entenderá que este ha sido válido desde siempre.

La decisión de anulabilidad, al igual que la nulidad, tiene efectos retroactivos y, por tanto, se consideran no nacidas las obligaciones en él previstas<sup>178</sup>.

#### 2.3.29.5 Notificaciones y relación *inter partes*

En el contrato se suelen incluir los datos de las personas a las que, cada una de las partes, deberá remitir las comunicaciones relativas al mismo y la forma de hacerlo -e. g. entrega en mano con acuse de recibo, por correo con acuse de recibo o por cualquier otro medio que permita probar su recepción y la fecha de la comunicación-. Cualquier modificación de los datos incluidos en el contrato deberá ser previamente comunicada por escrito a la contraparte para que surta efectos.

Para evitar cualquier duda sobre la relación de las partes, en el contrato es habitual encontrar una cláusula que establece expresamente que el cliente y el prestador son contratistas independientes, por lo que cada parte -salvo que se acuerde lo contrario en el contrato- será responsable de cumplir con sus respectivas obligaciones así como respecto a sus trabajadores, ya se deriven estas del contrato o de la normativa que aplica a cada parte en virtud de su actividad. Por

---

<sup>178</sup> La STS, de 19 de octubre de 1996, expone que la resolución, al igual que en los casos de nulidad, produce efectos *ex tunc*, es decir, retroactivos, de manera que los actores están plenamente legitimados para ejercitar la acción reparadora del artículo 1.902 CC.

tanto, nada de lo establecido en el contrato de *outsourcing* puede interpretarse como una sociedad mixta, asociación, relación fiduciaria o de agencia entre las partes. Nada impide que el cliente y el prestador pudieran acordar la creación de una sociedad conjunta a través de la cual se presten los servicios al cliente de forma exclusiva o al cliente y a otras empresas en el mercado. Si fuera este el supuesto, el prestador se convierte en un verdadero socio tecnológico del cliente y cada parte deberán cumplir con la normativa aplicable a la sociedad que decidan constituir -con carácter general, la LSC-.

#### 2.3.29.6 Ejercicio de acciones

Las partes suelen establecer, de forma expresa en el contrato, que el retraso o la falta de ejercicio por ellas de alguno de sus derechos conforme al contrato no constituirán ni se considerará una renuncia al ejercicio de tales derechos en un momento posterior. Tampoco el ejercicio parcial de tales derechos perjudicará el ejercicio futuro de los mismos o de cualquier otro derecho.

#### 2.3.29.7 Publicidad del contrato

Para realizar algún tipo de publicidad, nota de prensa y/o anuncio público en relación al contrato, las partes pueden pactar el requisito de una coordinación previa entre los departamentos de comunicación de cada una de ellas así como la aprobación por ambas partes antes de su divulgación, que no debiera ser rechazada sin una causa razonable.

En el caso concreto del prestador, es común que solicite al cliente la autorización expresa para incluir la relación comercial que ha formalizado con este como referencia en las propuestas que pudiera presentar a otros clientes.

### 2.3.30 Ley aplicable y órgano competente para la resolución de conflictos

Las partes deberán establecer en el contrato la legislación aplicable al contrato.

Junto a la Ley aplicable y sin perjuicio de la posibilidad de las partes de establecer los sistemas de resolución de conflictos que estimen oportunos en base a la buena fe, las partes incluirán en el contrato el órgano competente –judicial o extrajudicial -para resolver definitivamente, a falta de acuerdo amistoso entre las mismas, cualquier conflicto o diferencia que surja como consecuencia de la interpretación, cumplimiento o ejecución del contrato.

En relación a la jurisdicción, la competencia territorial de los órganos judiciales determina, de entre los distintos jueces del mismo grado, el que debe conocer un determinado litigio en función de unas reglas de atribución denominadas fueros. Las normas de la LEC que determinan el Juez competente por razón del territorio<sup>179</sup> se subordinan al hecho de que las partes no hubieran manifestado, antes o durante el proceso, su voluntad de someter a un órgano judicial distinto el conocimiento del asunto. La manifestación expresa de este extremo por medio de un pacto o contrato realizada antes de la iniciación del proceso se conoce como «sumisión expresa» y así aparece recogida en la LEC<sup>180</sup>. Por tanto, los pactos de sumisión expresa son perfectamente lícitos por la naturaleza dispositiva de la competencia territorial. En el momento de designar la jurisdicción competente es conveniente tomar en consideración lo gravoso que puede resultar litigar fuera del domicilio donde tenga su sede el cliente, el prestador o ambos, no sólo por el coste económico sino por la incomodidad que conlleva.

---

<sup>179</sup> *Vid.* artículo 56 LEC.

<sup>180</sup> *Vid.* artículo 57 LEC.

En el apartado siguiente se analizan las alternativas existentes en el ordenamiento jurídico para la resolución extrajudicial de conflictos

---

## 2.4 Soluciones extrajudiciales de conflictos

### 2.4.1 Introducción

Ya en el año 2002, desde la UE se promovieron métodos alternativos para la solución de conflictos a través de la publicación de un Libro Verde sobre la materia<sup>181</sup>. Como pone de manifiesto M. HEREDERO<sup>182</sup>, en multitud de ocasiones las controversias en el ámbito de la tecnología y la contratación informática se refieren no tanto a la interpretación o aplicación de normas jurídicas sino a los aspectos técnicos de los bienes y los servicios contratados -e. g. determinación del alcance de los servicios contratados e incluidos en la contraprestación económica a recibir por el prestador-. Debido a importantes implicaciones económicas del *outsourcing* y a la imperiosa necesidad de que las personas que decidan sobre la disputa tengan conocimientos técnicos suficientes que garanticen una mejor comprensión de esta, la mediación y el arbitraje aparecen como procedimientos más que apropiados para la solución de conflictos que pudieran aparecer, tras los intentos fallidos de acercamiento en los comités regulados en el contrato. Y ello sin perjuicio del recurso a los Jurisdicción ordinaria si la naturaleza del litigio lo requiriese.

A rasgos generales, la principal diferencia entre ambos procedimientos es que en la mediación las partes tienen libertad absoluta para aceptar o no el

---

<sup>181</sup> Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil. Comisión de las Comunidades Europeas. Bruselas 19.04.2002. COM (202), 196 final.

<sup>182</sup> HEREDERO HIGUERAS, M. *Cláusulas ilustrativas para la negociación de contratos de bienes y servicios informáticos*, Informática y Derecho, nº 1, UNED-Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1992, p. 137.



resultado de la mediación -vinculándose al mismo sólo si lo firman-, mientras que en arbitraje el laudo que se impone a las partes por el árbitro produce efectos de cosa juzgada y tiene fuerza ejecutiva en todo caso. Asimismo, el arbitraje es un proceso con menor flexibilidad y las partes no pueden separarse unilateralmente de él, mientras que en la mediación se dispone en cualquier momento de esta facultad. Mientras que la mediación es un procedimiento por el que las partes, debidamente aconsejadas por mediadores expertos, acercan las posturas entre ellas para intentar resolver sus controversias, en el arbitraje existe la obligación de resolver la cuestión por una decisión que obliga y vincula a las partes. A continuación se analizan las principales características de uno y otro procedimiento de resolución extrajudicial de conflictos.

## **2.4.2 Mediación**

### **2.4.2.1 Introducción**

La mediación es un instrumento regulado en la Ley de Mediación, de gran utilidad en las relaciones negociales de *outsourcing*. Se define como aquel medio de solución de controversias, cualquiera que sea su denominación, en que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de un mediador<sup>183</sup>. Tal y como pone de manifiesto la Exposición de Motivos de la citada norma, nace con la finalidad de facilitar la resolución de controversias cuando el conflicto jurídico afecta a derechos subjetivos de carácter disponible. De esta forma, contribuye a concebir a los Tribunales de Justicia como un último remedio en caso de que no sea posible componer la situación por la mera voluntad de las partes, permitiendo reducir la carga de trabajo de aquellos y su intervención en los casos en que las partes enfrentadas no hayan sido capaces de poner fin, desde el acuerdo, a la situación de controversia.

---

<sup>183</sup> Vid. artículo 1 de la Ley de Mediación.

La mediación se basa en la voluntariedad y libre decisión de las partes y en la intervención de un mediador, del que se pretende una actuación activa orientada a la solución de la controversia. La Ley de Mediación confiere al compromiso de mediación un tratamiento procesal equiparable al convenio arbitral aunque, en puridad, el compromiso de mediación no entraña renuncia a la Jurisdicción ni obliga a las partes a otra cosa que no sea intentar solucionar el conflicto pactando de buena fe, antes de acudir a la Jurisdicción o a otra solución extrajudicial<sup>184</sup>. Junto a lo anterior, busca aportar la máxima flexibilidad y respeto a la autonomía de la voluntad de las partes, por lo que se limita a sentar las bases y favorecer este instrumento frente a la solución judicial o extrajudicial del conflicto. El mediador<sup>185</sup> aparece como pieza esencial del modelo, debiendo contar con una formación que le permita ayudar a encontrar una solución dialogada para las partes<sup>186</sup>. En lo referido al coste de la mediación, haya concluido o no con el resultado de un acuerdo, este se dividirá por igual entre las partes, salvo que estas hubieran acordado algo diferente<sup>187</sup>.

Es importante tomar en consideración que la mediación no sustituye a los Jueces y Tribunales, como sí sucede con el arbitraje -el cual aparece como una alternativa que, por voluntad de las partes, sustituye a la Jurisdicción ordinaria-. La mediación, sin embargo, permite dejar a la Jurisdicción como último recurso para la solución del conflicto entre el cliente y el prestador. En el supuesto que, a través de

---

<sup>184</sup> *Vid.* artículo 6.2 de la Ley de Mediación.

<sup>185</sup> La Ley de Mediación utiliza el término «mediador» de manera genérica, sin prejuzgar que sea uno o varios. De hecho, su artículo 18 se ocupa de la regulación de una pluralidad de mediadores en el procedimiento.

<sup>186</sup> En virtud de lo establecido por el artículo 11 de la Ley de Mediación, pueden ser mediadores las personas naturales que se hallen en pleno ejercicio de sus derechos civiles, siempre que no se lo impida la legislación a la que puedan estar sometidas en el ejercicio de su profesión. El mediador deberá estar en posesión de título oficial universitario o de formación profesional superior y contar con formación específica para ejercer la mediación, debiendo contar con el pertinente seguro de responsabilidad civil que cubra la responsabilidad que pudiera derivarse de su actuación.

<sup>187</sup> *Vid.* artículo 15 de la Ley de Mediación.

la mediación, las partes no llegaran a un acuerdo satisfactorio, estas podrán acudir a la vía judicial que hubieran acordado.

#### 2.4.2.2 Principios y reglas de la mediación

##### 2.4.2.2.1 *Voluntariedad y libre disposición*

El contrato de *outsourcing*, como se ha analizado en el presente trabajo, es fruto del pacto entre las partes que lo firman como expresión de sus respectivas autonomías de la voluntad. En el supuesto que las partes hubiesen acordado someter los posibles conflictos a mediación, la autonomía de la voluntad se extiende a la libertad de cada una de ellas de mediar durante el proceso de mediación así como a la libertad de alcanzar o no un acuerdo de mediación<sup>188</sup>. Serán las partes, bajo la dirección y coordinación del mediador, quienes autorregulen la solución que mejor se adecue a sus recíprocos intereses, a través del acuerdo de mediación, cuando esta concluya con un acuerdo entre las partes.

F. MUNNE<sup>189</sup> opina que, para alcanzar un acuerdo sobre un conflicto que pudiera aparecer respecto a alguno de los aspectos del contrato -inclusive si la controversia versa sobre la validez o existencia del contrato en sí mismo<sup>190</sup>-, es necesaria la participación activa de ambas partes, que deberán exponer el conflicto, sus intereses, sus necesidades y dialogar para alcanzar un acuerdo o para mejorar la relación si esta se hubiera deteriorado. Como enseña la experiencia aplicativa de

---

<sup>188</sup> Vid. artículo 6.3 de la Ley de Mediación, en virtud del cual «nadie está obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni a concluir un acuerdo».

<sup>189</sup> MUNNE CATARINA, F. *La mediación, resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, editorial La Ley, Madrid, 2013.

<sup>190</sup> Vid. artículo 6.2 de la Ley de Mediación.

esta institución, no es extraño que la mediación persiga simplemente mejorar relaciones, sin intención de alcanzar un acuerdo de contenido concreto<sup>191</sup>.

Por tanto, la autonomía de la voluntad está presente durante todo el proceso de mediación: en su inicio -sometiéndose las partes al mismo-, durante su desarrollo -pudiendo desvincularse las partes del mismo en cualquier momento sin necesidad de alegar una razón concreta- y al final del mismo -teniendo la facultad las partes de decidir si llegan o no a un acuerdo y si desean darle fuerza ejecutiva-. La autonomía de la voluntad permite, igualmente, que las partes decidan de mutuo acuerdo dejarlo sin efectos, pudiendo suscribir o no un nuevo pacto que anule el anterior.

#### 2.4.2.2.2 *Imparcialidad y neutralidad*

El procedimiento de mediación deberá garantizar que las partes intervengan con plena igualdad de oportunidades, manteniendo el equilibrio entre sus posiciones y el respeto hacia los diferentes puntos de vista por ellas expresados, sin que el mediador pueda actuar en perjuicio o interés de cualquiera de ellas<sup>192</sup>.

En lo que respecta al mediador, con carácter previo o durante el procedimiento de mediación, deberá comunicar cualquier circunstancia que pueda afectar a su imparcialidad o generar un conflicto de intereses. Algunos ejemplos pudieran ser la existencia de una relación personal, contractual o empresarial con una de las partes o de un interés directo o indirecto en el resultado de la mediación. En tales casos el mediador sólo podrá aceptar o continuar la mediación cuando

---

<sup>191</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de la Ley de Mediación.

<sup>192</sup> *Vid.* artículo 7 de la Ley de Mediación.

asegure poder mediar con total imparcialidad y siempre que las partes lo consientan y lo hagan constar expresamente<sup>193</sup>.

Asimismo, las actuaciones de mediación se desarrollarán de forma que permitan a las partes en conflicto alcanzar por sí mismas un acuerdo de mediación<sup>194</sup>.

#### 2.4.2.2.3 *Confidencialidad*

La confianza de las partes en el procedimiento de mediación se sustenta sobre la base que este sea confidencial. El carácter confidencial debe aplicar, no sólo al procedimiento *per se*, sino también a la documentación utilizada en el mismo<sup>195</sup>, a las partes intervinientes -que no podrán revelar la información que hubieran podido obtener derivada del procedimiento- y al mediador -que quedará protegido por el secreto profesional-.

Esta confidencialidad constituye un elemento esencial en toda mediación que debe ser respetado también en una eventual intervención posterior ante la Jurisdicción ordinaria o en un arbitraje por las partes intervinientes y/o los mediadores que participen en el procedimiento de mediación. Por ello, estas personas no podrán declarar o aportar documentación derivada o relacionada con el procedimiento de mediación en un procedimiento judicial o en un arbitraje<sup>196</sup>, salvo que las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de

---

<sup>193</sup> *Vid.* artículo 13.5 de la Ley de Mediación.

<sup>194</sup> *Vid.* artículo 8 de la Ley de Mediación.

<sup>195</sup> *E. g.* las conversaciones, la información y documentos intercambiados en relación a las distintas sesiones de mediación y el resultado final de la mediación.

<sup>196</sup> *Vid.* artículos 335.3 y 347.1 LEC.

confidencialidad o cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal<sup>197</sup>.

#### 2.4.2.2.4 *Lealtad, buena fe, respeto y colaboración mutua*

A los principios enunciados anteriormente habría que añadir, como reglas o directrices que han de guiar la actuación de las partes en la mediación, la buena fe, el respeto mutuo, el deber de colaboración y el apoyo al mediador<sup>198</sup>.

#### 2.4.2.3 Proceso de mediación

##### 2.4.2.3.1 *Solicitud del inicio de la mediación*

Con el fin de promocionar el uso de la mediación por las empresas, se ha articulado un procedimiento de fácil tramitación, poco costoso y de corta duración en el tiempo<sup>199</sup>.

La solicitud de inicio de la mediación suspende la prescripción o la caducidad de acciones a partir de su recepción por su destinatario: mediador o institución de mediación<sup>200</sup>. Según lo establecido en la Ley de Mediación, el proceso de mediación podrá iniciarse de común acuerdo entre cliente y prestador o por una de las partes en cumplimiento de un pacto de sometimiento a mediación existente entre ellas<sup>201</sup>. Cuando se haga de común acuerdo *ex post* entre las

---

<sup>197</sup> *Vid.* artículo 9 de la Ley de Mediación. Adicionalmente, el debido respeto de la confidencialidad en un proceso judicial o en un arbitraje ulterior constituye una cuestión clave destacada por la Directiva 2008/52/CE, concretamente en su artículo 7.

<sup>198</sup> *Vid.* artículo 10 de la Ley de Mediación.

<sup>199</sup> *Vid.* Título IV de la Ley de Mediación.

<sup>200</sup> *Vid.* artículo 4 de la Ley de Mediación.

<sup>201</sup> *Vid.* artículo 6.2 de la Ley de Mediación. El citado precepto admite que las partes sometan a mediación controversias ya existentes o que puedan darse en el futuro.

partes, la solicitud debe incluir de forma imperativa la designación del mediador o de la institución de mediación en la que se llevará a cabo la mediación, así como el acuerdo sobre el lugar en el que se desarrollaran las sesiones y el idioma de las actuaciones<sup>202</sup>. Por su parte, para que un pacto de mediación sea válido es necesario que conste por escrito y que incluya la voluntad de las partes de someterse a la mediación.

Las partes no podrán ejercitar ninguna acción judicial o extrajudicial en relación con su objeto, con excepción de la solicitud de las medidas cautelares u otras medidas urgentes imprescindibles para evitar la pérdida irreversible de bienes y derechos<sup>203</sup>. El compromiso de sometimiento a mediación y su inicio impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a mediación durante el tiempo en que se desarrolle esta, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. Pero, aunque se haya pactado mediación e independientemente de si la misma se ha iniciado o no, las partes podrán solicitar medidas cautelares al Juez competente<sup>204</sup>.

#### 2.4.2.3.2 *Procedimiento de mediación*

Recibida la solicitud y salvo pacto en contrario de las partes, el mediador citará a las partes para la celebración de la sesión informativa. En esa sesión el mediador les informará de las posibles causas que puedan afectar a su imparcialidad, de su profesión, formación y experiencia, de las características de la mediación, su coste, la organización del procedimiento y las consecuencias jurídicas del acuerdo que se pudiera alcanzar, así como del plazo para firmar el

---

<sup>202</sup> Vid. artículo 6.1 de la Ley de Mediación.

<sup>203</sup> Vid. artículos 10.2 de la Ley de Mediación y 63.1 LEC.

<sup>204</sup> Vid. artículo 723 LEC.

acta de la sesión constitutiva. La duración del proceso de mediación será lo más breve posible y sus actuaciones se concentrarán en el mínimo número de sesiones.

#### 2.4.2.3.3 *Acuerdo de mediación*

El proceso de mediación puede concluir en acuerdo o finalizar sin alcanzar dicho acuerdo.

Las razones por las que un proceso de mediación pudiera no acabar en acuerdo son varias: (i) porque las partes de manera conjunta, o alguna de ellas a título individual, ejerzan su derecho a dar por terminadas las actuaciones, comunicándoselo al mediador; (ii) porque haya transcurrido el plazo máximo de duración del procedimiento acordado; (iii) porque el mediador aprecie de manera justificada que las posiciones de las partes son irreconciliables; (iv) porque concurra otra causa que determine su conclusión.

En el supuesto de terminar en acuerdo de mediación, en contenido de este podrá versar sobre una parte o sobre la totalidad de las materias que fueron sometidas a la mediación. El mediador deberá informar a las partes del carácter vinculante del acuerdo alcanzado y de la posibilidad de elevarlo a escritura pública para configurarlo como un título ejecutivo. Este acuerdo vincula a las partes con fuerza de Ley entre ellas, como cualquier otro contrato<sup>205</sup> y frente a él sólo cabe ejercitar la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos. Es importante resaltar que el acuerdo de mediación carece de fuerza jurisdiccional, por lo que no tiene *per se* eficacia de cosa juzgada. Tan sólo tiene fuerza contractual y obliga a las partes entre sí como cualquier contrato.

---

<sup>205</sup> *Vid.* artículos 1.254 CC y siguientes.



Desde el punto de vista de su ejecución forzosa, la normativa distingue dos modalidades de acuerdos, dependiendo de si el procedimiento de mediación se ha desarrollado estando pendiente el proceso judicial o arbitral, o si trae causa de un compromiso de mediación. En el primer supuesto, el acuerdo de mediación podrá ser homologado por el Juez mediante auto o por el árbitro mediante laudo, que además de poner fin al proceso servirá a las partes de título ejecutivo, en los mismos términos que sucede con la generalidad de acuerdos alcanzados en el proceso<sup>206</sup>. En el segundo caso, la ejecución forzosa del acuerdo de mediación requiere su elevación a escritura pública.

### **2.4.3 Arbitraje**

#### **2.4.3.1 Introducción**

Aunque las cláusulas de sometimiento a fuero para la solución de controversias en el seno de una relación negocial de *outsourcing* son muy frecuentes, lo cierto es que el arbitraje es también una opción perfectamente válida debido, entre otras razones, a su menor coste, más rapidez y mayor eficacia. Al igual que ocurre en la mediación, también el arbitraje se justifica en la autonomía de la voluntad de las partes que se someten a este procedimiento y otorga mayor flexibilidad que el proceso judicial, prescindiendo de algunas formalidades y trámites incluidos en la LEC.

La Ley de Arbitraje regula los procesos en los que tiene lugar la intervención de árbitro, designado por las partes, para resolver las controversias entre ellos sobre materias de libre disposición conforme a Derecho; esto es, fundamentalmente sobre cuestiones de carácter dispositivo que se contienen en las normas de Derecho privado. Esta norma nace con una vocación de generalidad,

---

<sup>206</sup> Vid. artículos 415.1 y 2 y 517.2-3º LEC, así como el artículo 36.1 de la Ley de Arbitraje.

aplicable, por tanto, a los arbitrajes que no tengan una regulación especial y, supletoriamente, a los arbitrajes que la tengan -salvo en lo que sus especialidades se opongan a lo previsto en la citada norma o cuando alguna norma legal disponga expresamente su inaplicabilidad-. Asimismo, aunque la norma establece disposiciones relativas al arbitraje internacional al ser este el ámbito en el que se desarrollará con mayor frecuencia el proceso arbitral, el presente apartado analiza únicamente aquellos aspectos referidos al Derecho interno.

El TC afirmó<sup>207</sup>, respecto al arbitraje, que se trata de un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la Jurisdicción civil -es decir, la obtención de una decisión al conflicto-, con todos los efectos de la cosa juzgada.

Se reconoce que la institución arbitral es compatible con la CE y que los árbitros, al igual que los Jueces y Tribunales, prestan también tutela efectiva sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión para las partes<sup>208</sup> ya que su actividad, desarrollada por el cauce de un procedimiento respetuoso de los principios esenciales de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes, conduce a la creación de un título ejecutivo con eficacia similar a la sentencia judicial, que abre la ejecución judicial forzosa. Existe, por tanto, una equivalencia entre la sentencia judicial y el laudo arbitral<sup>209</sup> que obliga someter a este último al control judicial, mediante el ejercicio de la acción de anulación para salvaguardar la conformidad del laudo al orden de público del que Jueces y Tribunales son garantes. Reconocida esta vinculación de los árbitros con los órganos jurisdiccionales del Estado, se permite a los primeros recurrir a los segundos para

---

<sup>207</sup> *Vid.*, entre otras, STC 288/93, de 4 de octubre de 1993.

<sup>208</sup> *Vid.* artículo 24.1 CE.

<sup>209</sup> Del latín *laudare*, entendido como el fallo que dictan los árbitros, previo el convenio establecido entre las partes interesadas. DEL ARCO TORRES, M. A. *Diccionario de Derecho Civil*, editorial Comares, 1998.

salvaguardar y agilizar el procedimiento arbitral. Por lo tanto, Jueces y Tribunales desempeñan una función primordial en el éxito del arbitraje: por un lado, mediante el apoyo y control del arbitraje y, por otro, en el procedimiento de ejecución del laudo arbitral.

#### 2.4.3.2 Garantías constitucionales del arbitraje

Como se ha visto, la CE consagra el derecho de toda persona a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses -prohibiendo la indefensión-, derechos que se ven protegidos en los procesos de arbitraje. En este sentido, son aplicables al procedimiento arbitral una serie de normas procesales de carácter imperativo, encaminadas a salvaguardar los principios de audiencia, contradicción e igualdad. Aunque existe cierta libertad para configurar el procedimiento arbitral, ello no puede, bajo ningún supuesto, reemplazar la obligación de las partes y del árbitro de respetar tres principios constitucionales de carácter imperativo mencionados, siendo estos tutelados por los órganos judiciales competentes para la anulación del laudo, o por el propio TC cuando en el arbitraje se hubiese infringido el derecho fundamental al proceso debido<sup>210</sup>.

En relación al principio de audiencia, las partes serán citadas a todas las audiencias con suficiente antelación y podrán intervenir en ellas directamente o por medio de sus representantes. De todas las alegaciones escritas, documentos y demás instrumentos que una parte aporte a los árbitros se dará traslado a la contraparte. Asimismo, se pondrán a disposición de las partes los documentos,

---

<sup>210</sup> Para ello se deberá interponer, frente a la resolución de la AP que desestime la acción de nulidad, el correspondiente recurso de amparo. El artículo 53 CE consagra el derecho de cualquier ciudadano de recabar la tutela de las libertades y derechos fundamentales reconocidos en la CE ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC. De esta manera, este órgano jurisdiccional se configura como el garante de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la CE, incluido el derecho al proceso debido consagrado en su artículo 24, de aplicación directa al arbitraje.

dictámenes periciales y otros instrumentos probatorios en que los árbitros puedan fundar su decisión<sup>211</sup>. Es importante resaltar que el principio de audiencia se configura como un derecho y no como una obligación, por lo que si una de las partes es debidamente notificada y no comparece a una audiencia o no presenta pruebas o alegaciones, los árbitros pueden continuar con el procedimiento arbitral y, si consideran que disponen de pruebas suficientes para adoptar una decisión, dictar el laudo correspondiente.

El principio de contradicción, por su parte, exige la audiencia de la parte frente a quien dicha pretensión se dirige, concediéndole los medios de defensa necesarios para que esta pueda hacer valer sus pretensiones<sup>212</sup>.

Se salvaguarda, así mismo, el principio de igualdad de cliente y prestador, prohibiendo que alguna de ellos sea tratado de forma preferencial, debiendo contar ambas partes con igualdad de oportunidades de alegación, prueba e impugnación de las decisiones que pueda adoptar el árbitro<sup>213</sup>.

Por último, conviene recordar que la tutela efectiva de los derechos incluye el derecho a que se dicte una resolución motivada -i. e. que recoja las razones, jurídicas o no, dependiendo de que el arbitraje sea de Derecho o de equidad, que han servido como fundamento para la decisión del árbitro-, dando respuesta a la acción ejercida por la actora. El laudo definitivo que dicte el árbitro debe guardar

---

<sup>211</sup> *Vid.* artículo 30 de la Ley de Arbitraje.

<sup>212</sup> *Vid.* artículo 29.1 de la Ley de Arbitraje.

<sup>213</sup> *Vid.*, entre otros, artículo 29.1 y Título VII de la Ley de Arbitraje.

congruencia o correlación con las pretensiones y alegaciones de las partes<sup>214</sup>. Lo anterior con la excepción que se trate de un laudo por acuerdo de las partes<sup>215</sup>.

#### 2.4.3.3 Tipos de arbitraje

M. I. OSUNA<sup>216</sup> ha observado que la Ley de Arbitraje guarda silencio en relación a los tipos de arbitraje. Sin embargo, distingue las siguientes clases, extrapolables, en mi opinión y sin dificultad alguna, arbitraje en el seno de un relación negocial de *outsourcing*.

En función de la fuente que se utilice para la resolución de la controversia, puede distinguirse entre el arbitraje de Derecho o de equidad<sup>217</sup>, según se realice de conformidad a la legislación aplicable o al leal saber o entender<sup>218</sup> del árbitro o institución arbitral. El arbitraje de equidad queda limitado a los casos en que las partes lo hayan pactado expresamente, ya sea a través de una remisión literal a la equidad o mediante el uso de términos similares como decisión «en conciencia» o *ex aequo et bono*.

---

<sup>214</sup> Vid. artículo 39.1c) de la Ley de Arbitraje.

<sup>215</sup> Vid. artículo 37.4 de la Ley de Arbitraje.

<sup>216</sup> OSUNA NAVAJAS, M. I. *Consideraciones sobre el arbitraje como sistema alternativo de resolución de conflictos tras la reforma de la Ley de Arbitraje y la aplicación en los litigios agrarios*, Actualidad Civil, editorial La Ley, nº 2, febrero 2015.

<sup>217</sup> En la STS, de 11 de septiembre de 1987, se admitió la flexibilidad total en materia de arbitraje de equidad: «La doctrina jurisprudencial, siempre atenta al designio de paz que preside y penetra el arbitraje privado de equidad, entiende que quedaría despojado de sus características propias de sencillez y confianza si no se admitieran las facultades del árbitro para decidir con libertad de criterios y fundamentos, y empleando si fuera menester o conveniente fórmulas flexibles que escapen al control judicial».

<sup>218</sup> SAP de las Palmas de Gran Canaria, de 29 de septiembre de 1995. En ella, al tratar sobre el arbitraje de equidad estableció que «la expresión “según su leal saber y entender”, refleja un modelo de resolución, desde el punto de vista sustantivo de las cuestiones litigiosas, donde la actividad del juzgador no tropieza con los límites que marcan las normas, ni siquiera las que integran el *ius cogens* y cuyos antecedentes se remontan al Derecho Romano».

En función de a quién se haya asignado la resolución de la controversia, se distingue entre el arbitraje individual o institucional. En el primer supuesto, las partes acuerdan designar a un árbitro y, en el segundo, a una institución que pueda desempeñar las funciones de carácter arbitral. Por institución arbitral se entiende cualquier entidad, centro u organización que tenga un reglamento de arbitraje y, conforme a aquel, se dedique a la administración de arbitrajes.

En función de la normativa a la que se somete el arbitraje, este puede ser general o especial. El arbitraje general está sometido a la Ley de Arbitraje, mientras que el especial lo estará a una normativa diferente de carácter especial.

Por último, según el domicilio que tengan cliente y prestador se puede distinguir entre el arbitraje internacional y el de carácter interno. El arbitraje será internacional siempre que en él concurra alguna de las siguientes circunstancias: (i) que en el momento de celebración del convenio arbitral las partes tengan sus domicilios en Estados diferentes; (ii) que el lugar del arbitraje pactado en el convenio arbitral sea el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones del contrato y este se encuentre fuera del Estado en que las partes tengan sus domicilios; o (iii) que el *outsourcing* del que dimana la controversia afecte a intereses del comercio internacional. De no darse ninguna de las circunstancias expuestas, el arbitraje será interno.

#### 2.4.3.4 Procedimiento arbitral

##### 2.4.3.4.1 *Convenio arbitral*

Como requisito previo para que una controversia entre el cliente y el prestador se dirima por un procedimiento arbitral, deberá existir un convenio arbitral vigente entre ellas. El convenio arbitral se configura como el negocio jurídico por el que las partes acuerdan someter a arbitraje las posibles controversias que pudieran surgir entre ellas, teniendo este un carácter contractual, pero con efectos

jurisdiccionales<sup>219</sup>. Así, las partes deciden, en base a su libre voluntad, someter a la decisión de un árbitro las controversias o litigios que pudieran surgir como consecuencia de la relación de *outsourcing* que perfeccionan. Se sustituye, de esta forma, la tutela de los jueces ordinarios por la de un árbitro o una institución arbitral. El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los Tribunales conocer de las controversias sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria<sup>220</sup>. El convenio arbitral no impedirá a ninguna de las partes, con anterioridad a las actuaciones arbitrales o durante su tramitación, solicitar de un Tribunal la adopción de medidas cautelares ni a este concederlas.

Al estar configurado como un contrato, el convenio arbitral requiere consentimiento y objeto cierto que sea materia arbitral<sup>221</sup>, así como el cumplimiento de determinados requisitos formales que la Ley establece. El convenio arbitral es de carácter contractual, pero con claros efectos jurisdiccionales, al sustraer de la jurisdicción de los órganos judiciales el conocimiento de aquellas controversias que se encuentren afectadas por el convenio arbitral. Para que el convenio arbitral sea válido, este deberá constar por escrito, bien como cláusula incorporada a un contrato o como un acuerdo independiente, expresando la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de la relación de *outsourcing*<sup>222</sup>. El convenio arbitral establecerá las particularidades del procedimiento deseado por las partes,

---

<sup>219</sup> CREMADES SANZ-PASTOR, B. *El Arbitraje en la doctrina constitucional española*, Revista Lima Arbitration, nº 1, 2006, p. 188.

<sup>220</sup> *Vid.* artículo 11 de la Ley de Arbitraje. Adicionalmente, este precepto establece que se deberá proponer la declinatoria dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda en las pretensiones que se tramiten por el procedimiento del juicio ordinario, o en los diez primeros días posteriores a la citación para vista, para las que se tramiten por el procedimiento del juicio verbal.

<sup>221</sup> *Vid.* artículo 1.261 CC.

<sup>222</sup> *Vid.* artículo 9 de la Ley de Arbitraje.

sentando las bases del procedimiento arbitral e impidiendo a los Tribunales que puedan ser sometidas a ellos las controversias que lo han sido a arbitraje. Sin embargo, no impedirá que las partes puedan solicitar a un Tribunal la adopción de medidas de carácter cautelar.

En el área de tecnología y más concretamente en las relaciones de *outsourcing*, por las características propias del sector no es frecuente encontrarnos ante convenios arbitrales externos, siendo frecuente que las partes pacten resolver las controversias con una cláusula arbitral incorporada en el contrato principal<sup>223</sup>.

#### 2.4.3.4.2 *Árbitro o institución arbitral*

Los Títulos III y IV de la Ley de Arbitraje tratan sobre los árbitros y su competencia, estableciendo los requisitos de las personas que deban desempeñar la función arbitral. Deberán ser independientes e imparciales, en pleno ejercicio de sus derechos civiles y que la normativa a la que estén sometidos por su profesión no les prohíba que puedan actuar como árbitros<sup>224</sup>. En el ámbito del *outsourcing* es condición casi imprescindible que los árbitros posean, junto al conocimiento jurídico necesario para resolver los asuntos según los principios de la Ley, un conocimiento de los problemas que, en el día a día, se plantean en este sector. Así, junto al requisito de ser abogados en ejercicio -salvo que las partes hubieran optado por el arbitraje de equidad-, deberán conocer los aspectos técnicos relacionados con la externalización de los sistemas de información en las empresas.

---

<sup>223</sup> Un ejemplo de cláusula arbitral, con sometimiento a institución arbitral, podría ser la siguiente: «Toda controversia derivada de este contrato -incluida cualquier cuestión relativa a su existencia, validez, terminación, interpretación o ejecución- será resuelta definitivamente mediante arbitraje [de Derecho /equidad], administrado por la institución arbitral], de conformidad con su Reglamento de Arbitraje vigente a la fecha de presentación de la solicitud de arbitraje. El tribunal arbitral que se designe a tal efecto estará compuesto por [tres/un único] árbitro[s] y el idioma del arbitraje será el [español/otro]. La sede del arbitraje será [ciudad + país]...».

<sup>224</sup> RODRÍGUEZ MEJÍA, M. *Requisitos e impedimentos para ser arbitro en el derecho español*. Revista de Derecho Privado, nº 20, 2011, pp. 134 y ss.



Por lo que respecta al número de árbitros que podrán intervenir en los asuntos arbitrales, las partes pueden fijar libremente el número siempre que este sea impar. Si no se hubiera acordado nada al respecto se designará un solo árbitro. Junto a lo anterior, la normativa permite que las partes encomienden la designación de árbitros a una institución arbitral, que ejercerá la función de conformidad a lo establecido en su reglamento. En este supuesto, la institución arbitral velará por el cumplimiento de las condiciones de capacidad de los árbitros y la transparencia en su designación, así como su independencia. Salvo que las partes hayan dispuesto otra cosa, cada árbitro debe comunicar su aceptación o rechazo en el plazo de quince días desde que se le comunique su nombramiento, entendiéndose que no lo acepta si en ese plazo no se pronuncia al respecto. Como requisito, se exige que el árbitro sea y permanezca durante el arbitraje independiente e imparcial, no pudiendo mantener con el cliente ni con el prestador relación personal, profesional o comercial. Las partes podrán solicitar, en cualquier momento, que los árbitros aclaren sus relaciones con la contraparte, pudiendo ser recusados si se demostrase la ausencia de independencia y/o imparcialidad o que no poseen la cualificación convenida por las partes. Tras la aceptación del nombramiento, los árbitros o la institución arbitral designada quedan obligados a cumplir fielmente su encargo, incurriendo, si no lo hicieren, en responsabilidad por los daños y perjuicios que causaren por mala fe, temeridad o dolo. Así, la aceptación es la génesis de la responsabilidad del árbitro o la institución arbitral e implica asumir la obligación de cumplir el encargo de arbitrar o de administrar el arbitraje.

Por tanto, la normativa aplicable reconoce a los árbitros los derechos necesarios para llevar a cabo el arbitraje pero, al mismo tiempo, les impone ciertas obligaciones y responsabilidades para salvaguardar el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses. De la misma manera que un Juez, el árbitro estará sujeto tanto a responsabilidad penal<sup>225</sup>, como

---

<sup>225</sup> Vid. los tipos establecidos en Título XIX del CP.

civil<sup>226</sup> o institucional<sup>227</sup>. Sin embargo, la potestad jurisdiccional del árbitro carece del mismo alcance que se otorga a los Juzgados y Tribunales, ya que frente a la del poder de los Jueces de ejecutar lo juzgado, atribuido *ex lege*, el árbitro necesitará del auxilio judicial cuando la voluntad de las partes resulte insuficiente para llevar a buen fin el procedimiento, o cuando sea necesario cumplir lo decidido en el laudo<sup>228</sup>.

#### 2.4.3.4.3 *Actuación arbitral*

El Título V de la Ley de Arbitraje regula el procedimiento arbitral. Salvo que las partes hubieran pactado algo distinto, la fecha en que el demandado reciba el requerimiento de someter la controversia a arbitraje coincidirá con la de inicio del arbitraje.

Dentro del plazo convenido por las partes o determinado por los árbitros, el demandante deberá alegar los hechos en que se funda, la naturaleza y circunstancias de la controversia así como las pretensiones que formula. Y el demandado podrá responder a lo planteado en la demanda. Las partes, al formular sus alegaciones, podrán aportar todos los documentos que consideren pertinentes o hacer referencia a los documentos u otras pruebas que vayan a presentar o proponer. Cualquiera de ellas podrá modificar o ampliar su demanda o contestación durante el curso de las actuaciones arbitrales, a menos que los árbitros lo consideren improcedente por razón de la demora con que se hubiere hecho.

Los árbitros decidirán si han de celebrarse audiencias para la presentación de alegaciones, para la práctica de pruebas y para la emisión de conclusiones o,

---

<sup>226</sup> Según los límites marcados por la Ley de Arbitraje.

<sup>227</sup> De conformidad al reglamento de la institución arbitral a la que pudiera pertenecer.

<sup>228</sup> CREMADES, B., *op. cit.*, p. 186.

alternativamente, si las actuaciones se sustanciarán solamente por escrito. Los árbitros podrán nombrar, de oficio o a instancia de parte, uno o más peritos para que dictaminen sobre materias concretas y requerir a cualquiera de las partes para que facilite al perito toda la información pertinente y le presente, para su inspección, todos los documentos u objetos pertinentes o le proporcione acceso a ellos. Lo anterior se entiende sin perjuicio de la facultad de las partes, salvo acuerdo en contrario, de aportar dictámenes periciales por peritos libremente designados.

Los árbitros o cualquiera de las partes con su aprobación, podrán solicitar del Tribunal competente asistencia para la práctica de pruebas, de conformidad con las normas que sean aplicables a los medios de prueba. Esta asistencia podrá consistir en la práctica de la prueba ante el Tribunal competente o en la adopción por este de las medidas necesarias para que la prueba pueda ser practicada ante los árbitros.

#### 2.4.3.4.4 *Laudo arbitral*

En relación al resultado del arbitraje -conocido como laudo arbitral-, el TC ha reconocido que la inalterabilidad de las decisiones judiciales firmes es también predicable, en virtud de su configuración legal, de los laudos arbitrales<sup>229</sup>. Asimismo, ese mismo órgano jurisdiccional afirma que una vez que el laudo arbitral ha sido dictado, únicamente es posible el acceso a la Jurisdicción ordinaria a través del recurso de nulidad del laudo y no por cualquier otro proceso ordinario en el que sea posible volver a plantear el fondo del litigio tal y como antes fue debatido en el proceso arbitral<sup>230</sup>.

---

<sup>229</sup> STC 288/93, de 4 de octubre de 1993.

<sup>230</sup> STC 176/96, de 11 de noviembre de 1996.

El laudo arbitral viene regulado en el Título VI de la Ley de Arbitraje. Los árbitros deberán decidir sobre la controversia dentro de los seis meses siguientes a la fecha de presentación de la contestación o de expiración del plazo para presentarla<sup>231</sup>, con arreglo a las estipulaciones del contrato y tomando en consideración los usos aplicables. Salvo acuerdo en contrario de las partes, cuando haya más de un árbitro, toda decisión se adoptará por mayoría. Si no hubiere mayoría, la decisión será tomada por el presidente.

Se establece la posibilidad que se dicte un único laudo o varios laudos parciales en función de las necesidades de la controversia. Incluso es posible que se llegue a un acuerdo entre las partes antes de cumplirse el plazo para la resolución. Si durante las actuaciones arbitrales las partes llegasen a un acuerdo que pusiera fin a la controversia de forma total o parcial, los árbitros deberán dar por terminadas las actuaciones respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, harán constar ese acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

Todo laudo deberá constar por escrito y ser firmado por los árbitros, si bien podrán dejar constancia de su voto a favor o en contra. Tal y como se ha indicado, el laudo deberá ser siempre motivado, a menos que se trate de un laudo por acuerdo de las partes.

Una vez terminan las actuaciones arbitrales, los árbitros cesarán en sus funciones con el laudo definitivo. Los árbitros también finalizarán sus actuaciones si ocurriera alguno de los siguientes supuestos: (i) que el demandante desista de su demanda, a menos que el demandado se oponga a ello y los árbitros le reconozcan

---

<sup>231</sup> Este plazo podrá ser prorrogado por los árbitros, por un plazo adicional de hasta dos meses, mediante decisión motivada. La expiración del plazo sin que se haya dictado laudo definitivo no afectará a la eficacia del convenio arbitral ni a la validez del laudo dictado, sin perjuicio de la responsabilidad en que hayan podido incurrir los árbitros.

un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio; (ii) que las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones; o (iii) que los árbitros comprueben que la prosecución de las actuaciones resulta innecesaria o imposible.

El laudo produce los efectos de cosa juzgada y frente a esta publicación solo cabe ejercitar la acción de anulación<sup>232</sup> o solicitar su revisión conforme a lo establecido normativa para las sentencias firmes<sup>233</sup>.

El laudo podrá ser anulado cuando la parte que solicita la anulación alegue y pruebe alguno de los siguientes motivos: (i) inexistencia o invalidez del convenio arbitral; (ii) indefensión por falta de notificación de la designación de un árbitro o por no haber podido una de las partes hacer valer sus pretensiones; (iii) que los árbitros hubieran resuelto sobre cuestiones no sometidas a su decisión; (iv) que se hubieran designado los árbitros o tramitado el procedimiento arbitral en contra de lo acordado por las partes, siempre y cuando dicho acuerdo no vulnere alguna norma imperativa de la Ley de Arbitraje; (v) que los árbitros hubiesen resuelto cuestiones no susceptibles de someterse a arbitraje; y/o (vi) que el laudo sea contrario al orden público.

---

<sup>232</sup> *Vid.* artículo 40 de la Ley de Arbitraje. Los Jueces y Tribunales no podrán anular un laudo arbitral por causas no previstas expresamente por la citada Ley ya que, de hacerlo, se estaría vulnerando el efecto de cosa juzgada del laudo reconocido por la CE.

<sup>233</sup> *Vid.* Título VI del Libro II LEC.

## 3 PERSPECTIVA LABORAL DEL *OUTSOURCING*

### 3.1 *Outsourcing* y ordenamiento jurídico laboral español

#### 3.1.1 Antecedentes

El *outsourcing* tiene implicaciones relevantes en el Derecho laboral. Este, como toda área de Derecho, se ha visto en constante evolución, adaptándose a la globalización y a la realidad económica de cada momento. A nivel europeo, la crisis que se inició en la década de los setenta y que se prolongó hasta mitad de los ochenta provocó un cambio en los objetivos del ordenamiento laboral. Así, la prioridad fue favorecer la puesta en marcha de medidas que incrementasen la producción y la comercialización de bienes y servicios.

Fruto de la introducción masiva de la informática, la robotización y el cambio tecnológico, entre otros factores, los procesos de producción empresariales se han visto afectados, modificándose los requerimientos de trabajo solicitados por las empresas respecto al modelo tradicional, basado en el trabajo industrial. La globalización, por su parte, obligó a las empresas a superar los modelos estrictamente nacionales y a abrirse al ámbito internacional para ser más competitivas y eficientes, procurando conseguir en el extranjero las economías de escala que no podían alcanzarse en los mercados nacionales, apostando por la cualificación profesional de la mano de obra y la reducción de costes asociada a la misma. De igual forma, los cambios económicos y sociales han provocado que las estrategias empresariales se orienten a conseguir una mayor eficiencia en el trabajo, muchas veces a través de economías de escala.

El objetivo de las empresas ha consistido, en definitiva, en mejorar la productividad y adaptarse rápidamente a los cambios de un mercado cada vez más internacional y competitivo. La concentración de empresas, las fusiones o las

integraciones son algunas de las alternativas utilizadas hoy día por las empresas para incrementar su competitividad.

La liberalización y la apertura de los mercados, junto a la libre circulación de capitales que se inició en la década de los ochenta a escala mundial, supuso un cambio radical en el concepto tradicional de la empresa que propició la proliferación de mecanismos para disminuir su tamaño y pasar a tener una estructura de unidades productivas cada vez menor. Lo anterior afectó, de manera decisiva, al ordenamiento laboral y a los trabajadores. Se pasó de los núcleos fabriles de creación de capital alrededor de los cuales se iba acumulando población venida de regiones rurales a una descentralización de la actividad productiva caracterizada por una diferenciación evidente entre los entornos organizativos -dedicados al diseño, la programación, la tecnología, el marketing, la publicidad y la financiación en países desarrollados- y los entornos de producción -focalizados en los aspectos industriales en terceros países donde la mano de obra y los recursos son menos costosos-.

### **3.1.2 Ventajas laborales del *outsourcing***

El *outsourcing* supone una serie de ventajas para el cliente y el prestador desde un punto de vista laboral.

En primer lugar, permite al cliente tener una mayor flexibilidad para adaptar su estructura de recursos humanos, permitiéndole incrementar su productividad y conseguir una adaptación más ágil a las circunstancias cambiantes del mercado así como a las condiciones impuestas por la competencia. Junto a lo anterior, le ayuda a retener en su plantilla el número de recursos estrictamente necesario para garantizar su presencia en los mercados, transfiriendo a empresas auxiliares -prestadores- aquellas tareas que carecen para él de un carácter esencial o estratégico.

Asimismo, supone para el cliente una reducción del trabajo asalariado y un incremento del trabajo autónomo y del teletrabajo.

Por último, conlleva la proliferación de empresas prestadoras de servicios altamente especializadas, focalizadas en segmentos concretos del mercado o del ciclo productivo empresarial de sus clientes que pueden adaptarse a los repentinos cambios del mercado por su elevada capacidad de innovación tecnológica.

### **3.1.3 Desventajas laborales del *outsourcing***

Aunque los procesos de *outsourcing* conllevan ventajas para las empresas, no es menos cierto, sin embargo, que estos pueden también plantear algunas desventajas.

Por un lado, en relación a los empleados del cliente que hubieran sido transferidos al prestador, pudiera resultarles complicado afiliarse sindicalmente si en el centro de trabajo del prestador no existiera representación y organización de los sindicatos. Adicionalmente, pudiera darse una situación de desigualdad retributiva entre los trabajadores que no hubieran sido transferidos al prestador y los que sí, por haberse visto estos últimos obligados a suscribir convenios de mínimos, muy alejados de los que tenían suscritos con carácter previo a que se produjera el proceso de *outsourcing*, cuando eran empleados del cliente. Por último, otro de los inconvenientes para los empleados transferidos pudiera ser la dificultad de extender su vínculo laboral con el prestador más allá de la duración del contrato de prestación de servicios que este hubiera suscrito con el cliente, sirviendo ello como motivo legítimo para formalizar contratos laborales con ellos de duración determinada e incentivar, en definitiva, la sustitución de empleo indefinido por temporal.



Por otro lado, respecto a los empleados del cliente que permanecen en la plantilla de este tras el proceso de *outsourcing*, en determinadas ocasiones pudiera suponerles un impacto, que no debe ser negativo o positivo pero que, en cualquier caso, deberá ser tomado en consideración<sup>234</sup>. Entre los posibles efectos adversos que pudiera tener para ellos son de destacar los siguientes: (i) que aun siendo empleados del cliente, deban dedicarse a actividades distintas de las que venían realizando antes del proceso de *outsourcing* -situación conocida como «movilidad funcional»- y/o que deban trasladarse a una sede distinta del cliente donde se ejecuten las nuevas actividades que estos asuman –situación conocida como «movilidad geográfica»-; o (ii) que el cliente decida resolverles el contrato laboral por no tener actividad que puedan desempeñar, como consecuencia del proceso de *outsourcing*.

### **3.1.4 Teletrabajo**

#### **3.1.4.1 Introducción**

El trabajo a distancia o teletrabajo permite compaginar el uso de las nuevas tecnologías y de las comunicaciones con el concepto de flexibilidad del lugar de trabajo. Se trata, pues, de una realidad que, al igual que ocurre con el *outsourcing*, se ha implantado en la mayoría de las empresas -principalmente en los grupos multinacionales- en cuyo seno se suscriben acuerdos para regular las condiciones de su implantación así como los derechos y obligaciones del empresario y de los trabajadores. Una de las importantes limitaciones para su expansión fue, hasta hace pocos años, la ausencia de una normativa específica que regulase esta realidad socio-laboral. Ello generaba, por un lado, una sensación de desprotección en los empleados proclives a practicarlo y, por otro, la oposición de los sindicatos

---

<sup>234</sup> MONTOYA MEDINA, D. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, p. 40.

por el temor a que esta nueva forma de organización del trabajo fomentase la explotación de los trabajadores.

La situación cambió con la reforma laboral acaecida en virtud de la Ley para la reforma del mercado laboral de 2012, que vino a regular expresamente esta figura, otorgándole la cobertura legal necesaria. Se trata, tal y como se indica en el Preámbulo de la citada norma, de una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, favoreciendo la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementando las oportunidades de empleo y optimizando la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Se modifica, de esta forma, la ordenación del tradicional trabajo a domicilio<sup>235</sup> para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obligaciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías.

#### 3.1.4.2 Concepto y naturaleza jurídica

El artículo 13 ET define el trabajo a distancia como aquel en que la prestación de la actividad laboral se realiza de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa. No debe confundirse el trabajo a distancia, tal y como se ha definido, con el teletrabajo entendido como una forma de organización interempresarial, ya que este último se refiere a las conexiones telemáticas entre empresas, en cuanto forma de colaboración -como sucede con el *outsourcing*-, escapando al concepto mismo de teletrabajo.

---

<sup>235</sup> SUÑÉ LLINÁS, E. *Teletrabajo*, Informática y derecho, nº 19-22 (Ejemplar dedicado a: Jornadas Marco Legal y Deontológico de la Informática. Actas (volumen I)), 1998, pp. 585-610.

Respecto a su naturaleza jurídica, tal y como indica E. SUÑÉ<sup>236</sup>, lo habitual será que se trate de una relación laboral como otra cualquiera, al cumplirse ordinariamente los requisitos del artículo 1.1 ET: «La presente Ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Sin embargo, lo anterior no implica que probar la existencia de la relación laboral entre el teletrabajador y el empresario sea tarea fácil, más aun teniendo en cuenta que este último será más partidario de celebrar contratos de naturaleza mercantil, que no laboral, con el trabajador autónomo -i. e. el teletrabajador-. De esta forma, se corre el riesgo de situar al teletrabajo como la fórmula a disposición de las empresas para que relaciones jurídicas de arrendamiento de servicios y de obra se inscriban en el marco civil/mercantil y no en el laboral, lo cual supone una preocupación razonable para las organizaciones sindicales.

#### 3.1.4.3 Ventajas e inconvenientes

E. SUÑÉ<sup>237</sup>, siguiendo a V. DI MARTINO y L. WIRTH<sup>238</sup>, enumera las principales ventajas e inconvenientes del teletrabajo.

En lo referido a las ventajas, destacan las siguientes: (i) incrementa la flexibilidad y economía de costes; (ii) aumenta la productividad, debido a la inexistencia de interrupciones y a una mejor concentración, a un incremento de la motivación y la satisfacción en el trabajo, a una entrega y disposición de ánimo superiores y a un suplemento de energía en el trabajo gracias a la ausencia de tiempo perdido y de la tensión provocada por los desplazamientos cotidianos; (iii)

---

<sup>236</sup> SUÑÉ LLINÁS, E. *Teletrabajo*, op. cit., p. 586-587.

<sup>237</sup> SUÑÉ LLINÁS, E. *Teletrabajo*, op. cit., p. 586-587.

<sup>238</sup> DI MARTINO, V. y WIRTH, L. *Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida*. Revista Internacional del Trabajo, vol. 109, n° 4, 1990, pp. 469-497.

facilita la contratación y conservación del personal, al mejorar la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar -e. g. reteniendo a aquellos trabajadores que desean independizarse sin que por ello deban desvincularse de su anterior empresa o reteniendo a trabajadores que se plantean la posibilidad de dejar de trabajar, como algunas mujeres una vez que han sido madres; (iv) evita la despoblación de las zonas rurales, permitiendo a los teletrabajadores residir en un entorno rural y trabajar desde ahí para empresas situadas en las grandes urbes; (v) reduce el tiempo de desplazamiento al lugar de trabajo, con el consecuente beneficio ecológico derivado de la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub>; (vi) incrementa la flexibilidad de la jornada laboral de los teletrabajadores; (vii) reduce los costes fijos de la empresa así como de los gastos del propio teletrabajador; y (viii) reduce la repercusión de situaciones externas –e. g. huelgas del transporte-.

Respecto a sus inconvenientes, aunque no tienen que estar presentes en toda relación de teletrabajo, lo cierto es que el legislador, la Administración, los empresarios y los teletrabajadores deben ser conscientes de la posibilidad de que estos acontezcan para, en la medida de lo posible, adoptar mecanismos eficaces para evitarlos o mitigar sus efectos negativos. A continuación se enumeran algunos de ellos: (i) poca presencia de los sindicatos; (ii) insuficiente seguridad y salubridad laboral, debido al acondicionamiento escaso o nulo para el trabajo que poseen las dependencias de la casa; (iii) tendencia a potenciar la discriminación de sectores sociales desfavorecidos; (iv) riesgo de que se produzcan situaciones de discriminación laboral, no solo de tipo salarial sino también en relación al sistema de promoción profesional y de recompensas materiales o morales por el trabajo correctamente realizado; (v) difícil separación entre el trabajo y la vida personal y familiar; (vi) necesario replanteamiento de los sistemas de gestión y supervisión de recursos humanos para orientarlos a resultado, siendo crucial la responsabilidad y autonomía del teletrabajador; y (vii) necesidad de llevar a cabo cambios organizativos de calado en el seno de las empresas, aprovechando mejor el espacio físico de la empresa, que tiende a reducirse y a utilizarse de forma más

eficiente -e. g. espacios y recursos materiales y humanos a ellos asociados tales como el personal de secretaría, ya no se asignan en propiedad, sino que se convierten en recursos compartidos-.

#### 3.1.4.4 Reglas aplicables

El artículo 13 ET establece, asimismo, las reglas que resultarán de aplicación al teletrabajo.

El acuerdo por el que se establezca el teletrabajo deberá formalizarse por escrito. Tanto si el acuerdo se estableciera en el contrato inicial como si fuera posterior, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.3 ET para la copia básica del contrato de trabajo.

Los teletrabajadores tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo los inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial. En especial, el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones.

El empresario deberá establecer los medios necesarios para asegurar el acceso efectivo de los teletrabajadores a la formación profesional para el empleo, a fin de favorecer su promoción profesional. Asimismo, a fin de posibilitar la movilidad y promoción, deberá informar a los trabajadores a distancia de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

Los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salubridad laboral, resultando de aplicación lo establecido en la LPRL y su normativa de desarrollo.

Los trabajadores a distancia podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en el ET. A estos efectos dichos trabajadores deberán estar adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

Sin embargo, a pesar del esfuerzo del legislador, su regulación sigue resultando escasa, sobre todo en lo referente a las condiciones laborales, siendo la negociación colectiva el mejor instrumento para abordar la compleja realidad del teletrabajo para evitar, de esta forma, una desventaja competitiva para los trabajadores que prestan sus servicios profesionales a distancia.

### **3.1.5      *Outsourcing* en la CE y en la normativa laboral**

El contenido esencial del derecho de libertad de empresa recogido en el artículo 38 CE lo conforma un conjunto de derechos integrados por la libertad de acceso al mercado, la libertad de desarrollo de la actividad empresarial y la libertad de cesación o salida del mercado<sup>239</sup>. La libertad de empresa en el marco de una economía de mercado no se limita, exclusivamente, al momento de constitución de las empresas sino que aplica, asimismo, con posterioridad a su constitución. De esta forma, permite al empresario adoptar las decisiones que considere más oportunas sobre los objetivos de su empresa, dotándola de la estructura organizativa que le permita defender su productividad y situarla en condiciones para competir en el libre mercado. Y, en este sentido, se asocia la libertad de empresa con la potestad que tienen las empresas de llevar a cabo procesos de *outsourcing*.

Los procesos de *outsourcing*, con la finalidad de respetar con seriedad los derechos de los trabajadores afectados, han establecido mecanismos de garantía

---

<sup>239</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2005, p. 193.

en relación a las responsabilidades laborales y de Seguridad Social tanto para el cliente como para el prestador.

Sin embargo, en determinadas ocasiones y tal y como se analiza con posterioridad, la externalización de servicios informáticos ha podido utilizarse por algunas empresas para encubrir situaciones de cesión ilegal de mano de obra. Y ello ha ocurrido porque el prestador se ha limitado a ceder mano de obra, sin poseer una organización autónoma o sin hacer esta efectiva y, adicionalmente, porque el cliente ha sido el encargado de organizar y dirigir el trabajo de los empleados del prestador. Algo que, como es obvio, deberá evitarse con la ayuda de asesores jurídicos expertos en Derecho laboral, en el momento de plantear un proceso de *outsourcing*.

A pesar que la relación jurídica que nace a consecuencia de un proceso de *outsourcing* empresarial tiene naturaleza mercantil<sup>240</sup>, lo cierto es que este no puede ser ajeno a la rama laboral, que viene a proteger los derechos de los trabajadores impactados por dicho proceso, especialmente de aquellos que pasarán a depender del prestador. El cliente que decide externalizar una rama de su actividad debe adoptar importantes decisiones de negocio, pero también en relación a los trabajadores que hasta ese momento se han venido ocupando de las tareas que se van a externalizar.

El ET regula los aspectos laborales que afectan al *outsourcing*, principalmente en los siguientes preceptos: (i) artículo 42 ET, referido a la subcontratación de obras y servicios; (ii) artículo 43 ET, que versa sobre la cesión

---

<sup>240</sup> LARGO GIL, R., BUESO GUILLÉN, P. y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. “La moderna instrumentación contractual de la externalización de actividades empresariales” en *Descentralización productiva y responsabilidad empresariales. El outsourcing*, (Dir.) RIVERO LLAMAS, J., editorial Aranzadi, 2003, pp. 321-383.

de trabajadores; (iii) artículo 44 ET, sobre la sucesión de empresas; y (iv) artículo 13 ET, que regula el trabajo a distancia.

---

## 3.2 Contratas y subcontratas

### 3.2.1 Introducción

Las contratas y subcontratas, en lo que a las implicaciones laborales se refiere, pueden entenderse como figuras análogas a la externalización de servicios informáticos del cliente al prestador. Por ello, a mi entender, lo establecido en la normativa laboral respecto a las citadas figuras le resultará de aplicación *mutatis mutandis*.

El ordenamiento jurídico laboral español no ha puesto trabas a la validez de contratas y subcontratas en el ámbito empresarial, aunque es cierto que estas deben formalizarse con las máximas garantías para los trabajadores, respetando sus derechos a un salario digno, a la Seguridad Social y a su salud e integridad. El TS ha ratificado que la contrata de obras y servicios «no es una actuación tolerada sino una actividad legalmente regulada en el desarrollo constitucional del principio de la libertad de empresa»<sup>241</sup>.

A este respecto, pueden promulgarse dos principios esenciales. Por un lado, la licitud de la subcontratación como fórmula para la organización productiva siempre que no se encubra con ello una cesión ilegal de trabajadores. Algunos ejemplos de indicio de cesión ilegal de trabajadores serían el que el prestador no goce de autonomía técnica y/o que sus trabajadores hagan uso de los instrumentos de producción del cliente -e. g. portátiles, teléfonos móviles y mobiliario de oficina-,

---

<sup>241</sup> STS de 17 de diciembre de 2001.



sin que el prestador aporte infraestructura alguna<sup>242</sup>. Por otro lado, se deberá garantizar la protección de los derechos de los trabajadores empleados en la contrata.

Para cumplir con estos principios, el legislador vino a regular la figura de las contratas, prohibiendo que las empresas hicieran uso de estas para eludir las cargas impuestas por la legislación laboral y, al mismo tiempo, imponiendo responsabilidades en el supuesto que la contrata fuese declarada fraudulenta<sup>243</sup>.

A efectos aclaratorios, en el presente Capítulo se usan los términos «contratante», «empresario principal» o «cedente» para hacer alusión al cliente de los servicios de *outsourcing* y los términos «contratista», «empresario auxiliar» o «cesionario» para hacer referencia al prestador. Sin embargo, nótese que aquel escenario en el que el prestador subcontrate servicios a una tercera empresa, el prestador asumirá en ese caso el rol de «contratante» o «cedente» y la empresa subcontratada el de «contratista», «empresa auxiliar» o «cesionaria».

### 3.2.2 Concepto de contrata y subcontrata

La contrata es un acuerdo en virtud del cual el contratista asume la obligación de realizar una obra o prestar un servicio determinado a favor del empresario principal o contratante, que asume a su vez la obligación de pagar por ello un precio cierto. Así, el contratista asume los riesgos, obligaciones y responsabilidades propias de la condición de empresario, no siendo esencial que el contratante sea el destinatario final de la obra o servicio, pues, a su vez, puede

---

<sup>242</sup> Al respecto, STS, de 14 de septiembre de 2001, o STSJ de Madrid, de 7 de febrero de 2005.

<sup>243</sup> CRUZ VILLALÓN, J. *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata*, Relaciones Laborales, Tomo II, 1992, pp. 115-119.

haber recibido el encargo de otro, que en este caso sería el principal, y subcontratar parte del mismo.

La subcontrata, por su parte, es una nueva contrata dentro de la originaria que se ocupa de prestar alguno de los servicios asignados inicialmente al contratista<sup>244</sup>. En opinión de D. T. KAHALE<sup>245</sup>, el subcontrato es un ejemplo de conexión entre contratos; esto es, existe más de una causa, entre sí autónomas aunque semejantes, y un nexo jurídico entre ellos, en el sentido que constituye un contrato vinculado a otro que le antecede en el tiempo y del que es derivado, accesorio en lo que se refiere a su perfección, ejecución, extinción y contenido económico. Y, por lo tanto, el contrato originario puede sobrevivir de manera independiente pero no así el contrato derivado, que necesita para su existencia del contrato originario con el que mantiene una relación de subordinación.

El TS entiende que «el inciso “o subcontraten” que contiene el artículo 42.1 ET cuando dispone que “los empresarios que contraten o subcontraten con otros la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellos deberán comprobar que dichos contratistas están al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social” demuestra que la norma no contempla necesariamente la presencia de tres sujetos sino también la posibilidad de un juego a dos, como supuesto de hecho de la responsabilidad del primer empresario que el precepto establece. Recibe así aplicación el artículo 42 ET tanto cuando el primer empresario [...] contrata con otro empresario, contratista secundario que ya no es principal [...] como cuando en la relación aparece un tercero secundario (que sí será subcontratista) y respecto del que el contratista que hemos llamado

---

<sup>244</sup> MARTÍNEZ GARRIDO, L. R. *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones*, Fundación Confemetal, 1998, pp. 17-30.

<sup>245</sup> KAHALE CARRILLO, D.T., *op. cit.*, p. 77.

secundario asumirá también funcionalmente la posición y responsabilidad de principal»<sup>246</sup>.

Habitualmente, en el *outsourcing*, debido a la enorme cantidad de tareas a realizar en virtud de su alcance, el prestador solicita el consentimiento del cliente para que las contratas de primera asignación que pudiera utilizar para prestarle el servicio subcontraten, a su vez, parte de los servicios a empresas auxiliares.

Sin embargo, a pesar que las diferencias entre los conceptos de contrata y subcontrata analizados parecen claras, la doctrina y la jurisprudencia no suelen diferenciarlos y utilizan el término «subcontratación» como un genérico para hacer alusión a que una parte del proceso productivo se externaliza a otro empresario, al que denominan subcontratista, sin importar si este último se ocupa directamente de ejecutar la tarea contratada o lo hace a través de un tercero. En el presente trabajo, con un afán de simplificar, se usarán los términos «subcontratación», «subcontrato», «subcontratista» y «subcontrata» para hacer alusión, de forma indistinta, a las contratas y a las subcontratas.

### **3.2.3 Servicios que pueden ser objeto de contratas y subcontratas**

#### **3.2.3.1 Ejecución de obras y el arrendamiento de servicios**

Debido a que, en la normativa española, no se definen claramente los negocios jurídicos que suponen una auténtica contrata, han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han cubierto esta laguna legislativa. En lo referido a la tipología de servicios que podrán ser objeto de contratas y subcontratas, se acepta

---

<sup>246</sup> STS de 12 de julio de 1994.

que serán igualmente válidos, para los ámbitos civil, mercantil y/o administrativo, tanto la ejecución de obras como la prestación de servicios<sup>247</sup>.

Por tanto, debe entenderse que el régimen jurídico laboral de la contrata y de la subcontrata aplica a cualquier negocio jurídico que entrañe obligaciones de hacer claramente delimitadas -e. g. arrendamiento de obras y servicios, transporte, asesoramiento- que se prolonguen durante un período de tiempo determinado, ya sea este cierto o incierto. Un supuesto de subcontratación por tiempo incierto pudiera ser el arrendamiento de obra que está vigente hasta la finalización de la misma. En los contratos de *outsourcing* con naturaleza de arrendamiento de servicios es habitual establecer un período inicial que podrá renovarse mediando voluntad de las partes, permitiendo a cualquiera de las partes denunciarlo una vez transcurra el periodo inicial pactado si no desea continuar la relación negocial.

Sin embargo, no se estará ante una auténtica contrata en aquellos negocios jurídicos que conlleven obligaciones de hacer que no se encuentren especificadas -e. g. distribución comercial, concesión mercantil, agencia- o que impliquen obligación de dar -e. g. compraventa, suministro, arrendamiento de local-<sup>248</sup>.

El caso concreto de *outsourcing*, donde el objeto de la prestación consiste en la realización de tareas informáticas siguiendo las indicaciones suministradas por el cliente, puede ser considerado una auténtica contrata donde el cliente asume el rol de empresario principal y, sin embargo, el rol del prestador dependerá de la relación que se esté observando: en su trato con el cliente será de contratista, pero en su relación con sus subcontratistas será de contratante.

---

<sup>247</sup> STS de 2 de diciembre de 1987.

<sup>248</sup> PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *100 Preguntas laborales sobre descentralización productiva*, editorial La Ley, 2011. Pregunta 5: ¿Depende la aplicación del régimen laboral de las contratas y subcontratas del negocio jurídico a través del cual se concierta la contrata?

### 3.2.3.2 Actividades pertenecientes a la propia actividad del empresario principal

Respecto a los servicios concretos a subcontratar, el legislador, a través del artículo 42 ET, ha querido regular únicamente aquellas tareas o labores pertenecientes a la actividad propia del empresario principal<sup>249</sup>. Se entiende por «propia actividad» aquella que resulta indispensable o inherente para conseguir el fin de la empresa principal; esto es, la actividad que se integra en su ciclo productivo.

#### 3.2.3.2.1.1 Indicios para detectar qué se entiende por «propia actividad»

A. CERDÁ<sup>250</sup> enumera algunos de los criterios o indicios utilizados para identificar la «propia actividad» del cliente, que puede extrapolarse al supuesto concreto de una prestación de servicios de *outsourcing*: (i) que los servicios ejecutados por el prestador lleguen a integrarse en el ciclo productivo del cliente; (ii) que los trabajadores del prestador ejecuten los servicios en el centro de trabajo del cliente. Se trata este de un indicio relevante, pero no determinante, por lo que no siempre que los trabajos se desarrollen en las instalaciones del cliente automáticamente significa que forman parte de la «propia actividad» del empresario principal. Además, también podrán calificarse como complementarias o accesorias determinadas actividades que, aún prestadas en el propio centro de trabajo del cliente, no forman parte del ciclo productivo de este; (iii) que parte de instrumentos de producción –*software*, *hardware*, etc.- utilizados por el prestador pertenezcan al cliente. Por supuesto, el prestador deberá poseer un patrimonio y una estructura organizativa propios, además de contar con medios materiales puestos al servicio del cliente, pues de lo contrario se estaría ante un supuesto de cesión ilegal de

---

<sup>249</sup> MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, editorial Aranzadi, 2005, p. 1.203.

<sup>250</sup> CERDÁ MICÓ, A. *La ingeniería laboral del Outsourcing*, editorial Aranzadi Social, nº 5, 1998, pp. 1193-1206.

mano de obra, prohibido por el artículo 43 ET; (iv) que servicios similares a los externalizados al prestador hayan sido ejecutados previamente por el cliente con sus propios empleados.

Junto a lo anterior, el objeto social del empresario principal que se establece en sus estatutos sociales puede ayudar a determinar las tareas que deben entenderse incluidas en su ciclo productivo.

#### 3.2.3.2.1.2 Consecuencias de la subcontratación de actividades ajenas a la «propia actividad»

Tras el análisis del caso concreto, si se determinase que los servicios subcontratados no fueran inherentes a la actividad principal del contratista, -e. g. limpieza, pintura o seguridad-, la consecuencia será que, al no ser actividades comprendidas en el artículo 42 ET, no resultará de aplicación la distribución de responsabilidad a la que hace alusión ese precepto 42 ET<sup>251</sup>, el cual se analiza a continuación.

Sin embargo, a pesar de que en estos supuestos no resulta de aplicación el artículo 42 ET, en relación a la coordinación de actividades profesionales y con el objeto de cumplir lo establecido por la LPRL, el empresario principal deberá obtener del subcontratista la acreditación de formación e información suficiente en materia de prevención y sobre los posibles riesgos que de la práctica de su actividad se pudieran derivar hacia los trabajadores de la empresa principal. A su vez, el contratista deberá informar al subcontratista de los riesgos existentes dentro de su centro de trabajo y establecer un sistema de acreditación de cumplimiento de todas estas obligaciones incluyendo, a título enunciativo, entrega de certificados formativos, TC-2 para constatar la situación de alta del trabajador subcontratado,

---

<sup>251</sup> STS de 2 de diciembre de 1987.

entrega de evaluación de riesgos, etc. Como aclaración, la cesión de datos personales incluidos en el TC-2 estaría amparada por el artículo 7.3 LOPD en relación con el artículo 42.2 ET y por el alcance que el CC impone a las obligaciones solidarias, tal y como aclara la AEPD<sup>252</sup>.

### **3.2.4 Subcontratación en la normativa laboral**

La subcontratación, término utilizado en el presente trabajo para hacer alusión a las contratas y a las subcontratas, aparece regulada, de forma dispersa, en la siguiente normativa y preceptos: (i) artículo 42 ET, donde se establecen las responsabilidades del empresario principal y del contratista; (ii) artículos 104 y 127.1 LGSS, referidos a la responsabilidad empresarial en relación a las obligaciones con la Seguridad Social; (iii) artículos 14, 24 y 42 LPRL, sobre la seguridad y salud laboral; y (iv) artículos 42.1 y 42.3 del Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que versa sobre la responsabilidad empresarial administrativa.

De todos ellos, el artículo 42 ET se erige como la piedra angular de la subcontratación. Sin embargo, no regula en sí este fenómeno como negocio jurídico, sino que se limita a establecer la responsabilidad que, en el ámbito de dicho negocio, puede desencadenarse para la empresa principal y el contratista en las materias salarial y de Seguridad Social. Su finalidad es, por tanto, garantizar que los beneficiarios del trabajo por cuenta ajena respondan de todas las contraprestaciones inherentes al mismo, evitando que el lucro que de él puedan obtener vaya en perjuicio de la protección social del trabajador<sup>253</sup>.

---

<sup>252</sup> Informe 0412/2009 de la AEPD.

<sup>253</sup> STS de 17 de mayo de 1996.

### 3.2.4.1 Requisitos para una subcontratación lícita

Para que una subcontratación sea lícita hay varios criterios que deberán tomarse en consideración, los cuales permitirán distinguir si se está ante una auténtica subcontratación o, por el contrario, ante una cesión ilegal de trabajadores, fenómeno este último que se analiza más adelante en el presente Capítulo.

#### 3.2.4.1.1 *Justificación técnica de la subcontratación*

Deberá existir una justificación técnica para la subcontratación del servicio con la subcontrata y que esta sea autónoma, de tal forma que sea posible diferenciar el trabajo realizado por los trabajadores de la empresa principal y el realizado por los trabajadores de la subcontrata.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la subcontratación es permitir la participación de empresas auxiliares en el proceso de la empresa principal para colaborar con ella y complementar su actividad, el objeto de la subcontrata ha de poder diferenciarse de la actividad de la empresa principal. Es decir, si no existe una justificación técnica para que una empresa subcontrate una determinada actividad a un tercero, en lugar de desarrollarla por sí misma, dicha actividad carecerá de la autonomía suficiente respecto de la actividad de la principal, siendo imposible la diferenciación entre el trabajo realizado por los trabajadores de la empresa principal y por los trabajadores del subcontratista.

#### 3.2.4.1.2 *Subcontratista como empresario real*

Es igualmente relevante que el subcontratista sea un empresario real, con actividad y organización propia y estable. Para ello se deberá analizar, entre otros aspectos, si dicha empresa subcontratista está constituida debidamente en el Registro Mercantil, si está inscrita en la Seguridad Social, si su objeto social se adecua al objeto de la subcontrata, si su patrimonio es suficiente para desarrollar su



objeto social, si cuenta con la organización empresarial, autorizaciones y permisos necesarios para ello, y si tiene precedentes de cumplir con sus obligaciones de índole fiscal, mercantil y/o laboral.

Adicionalmente, el subcontratista deberá asumir el riesgo económico inherente a toda actividad empresarial. A modo de ejemplo, se entiende que el subcontratista no asume riesgo alguno en aquellos casos en los que el precio está fijado exclusivamente en función del número de horas trabajadas o del número de trabajadores necesarios para prestar el servicio, debido a que sus ingresos están directamente ligados a los gastos necesarios para contratar a un determinado trabajador, el cual es simplemente cedido a la empresa principal. Por el contrario, en aquellos casos en los que la contraprestación económica se pacta atendiendo al servicio solicitado por la empresa principal -fórmula objetiva e independiente del número de trabajadores empleados- se entiende que el subcontratista sí está asumiendo un riesgo. En este segundo caso, si la empresa subcontratista es capaz de organizar sus recursos materiales y humanos de forma eficiente, obtendrá un mayor beneficio, mientras que si organiza sus recursos de forma ineficiente, tendrá menor beneficio y, posiblemente, pérdidas.

Así mismo, el subcontratista deberá contar con los medios materiales y personales necesarios para desarrollar su actividad. Como indica la jurisprudencia, sólo existirá una auténtica subcontrata cuando el subcontratista ejerza actividad empresarial propia y cuente, por tanto, con patrimonio, instrumentos, maquinaria y organización estables<sup>254</sup>. Y, para la ejecución del servicio, ponga en funcionamiento

---

<sup>254</sup> *Vid.*, entre otras, la STS de 7 de marzo de 1988, la STS de 19 de enero de 1994 y la STS de 25 de octubre de 1999.

su organización productiva y los medios materiales que sean necesarios en cada caso<sup>255</sup>.

#### 3.2.4.1.3 *Ejercicio de los poderes de dirección del subcontratista sobre sus empleados*

Uno de los criterios más importantes para catalogar una cesión de trabajadores como lícita reside en que el poder de dirección sobre los trabajadores del subcontratista no lo ostente la contratante. De esta forma, toda prestación de servicios de un trabajador del subcontratista ejecutada bajo el ámbito de organización y dirección de la contratante supone un indicio de cesión ilegal, independientemente del carácter real o aparente de la empresa implicada en dicha cesión.

Con la finalidad de garantizar una correcta realización y coordinación de los trabajos a realizar, el contratante puede obligar al subcontratista a implantar determinadas medidas de coordinación técnica para que quede de manifiesto que sigue siendo el subcontratista quién ostenta el poder de dirección. Este extremo no supone *per se* una manifestación del poder de dirección sino el ejercicio de un poder de supervisión del trabajo realizado por los trabajadores del subcontratista por parte de la contratante. La jurisprudencia ha afirmado que es «aceptable el cursar determinadas instrucciones para la adecuada prestación del servicio [...] si bien los trabajadores de la empresa contratista deben estar sujetos a las órdenes e instrucciones laborales de esta, ello no obsta a que se produzca una subordinación a las órdenes de la empresa principal en el aspecto técnico»<sup>256</sup>.

---

<sup>255</sup> *Vid.*, entre otras, la STS 14 de septiembre de 2001 y la STS de 17 de enero de 2002.

<sup>256</sup> STSJ de Cataluña, de 17 de octubre de 2001.

En todo momento debe quedar claro que el contratante externaliza un servicio y no contrata a las personas que lo prestan. Por tanto, los posibles fallos en la ejecución del servicio que pudieran detectarse deberán comunicarse al subcontratista a través de la correspondiente cadena de mando. Y ello con el objetivo de que el subcontratista implante las medidas correctoras que estime oportunas, sin que exista una comunicación directa de la contratante a los trabajadores del contratista, por constituir un indicio de subordinación directa de estos con el contratante.

En este sentido, constituye un elemento importante a efectos de la consideración como contrata lícita la aportación por el contratante de un jefe de equipo siempre que este último no se constituya en un mero transmisor de las órdenes técnicas del subcontratista. Obviamente, esto no puede llevarse al extremo, ya que los trabajadores del subcontratista deberán obedecer las indicaciones o prohibiciones que resulten de aplicación a todos los trabajadores para su propia seguridad y salud -e. g. mantener desconectados los teléfonos móviles, no fumar, etc.-, que puedan indicarse a través de políticas, instrucciones internas, cartelaría o medios similares<sup>257</sup>.

Como puede observarse, estas facultades que se otorgan al contratante, entre las que se incluye la posibilidad de impartir instrucciones técnicas, pueden suponer una dificultad adicional para identificar una posible situación de cesión ilegal de mano de obra. Sin embargo, queda claro que bajo ningún supuesto el subcontratista puede delegar en el contratante los aspectos del poder de dirección, pues se estaría produciendo una intromisión ilegítima de la contratante en las

---

<sup>257</sup> MONTOYA MELGAR, A. *Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº. 23, 2000, p. 36.

facultades directivas que corresponden al subcontratista y, por tanto, una prueba contundente de cesión prohibida de trabajadores<sup>258</sup>.

#### 3.2.4.2 Obligaciones derivadas de la subcontratación

La subcontratación de servicios correspondientes a la propia actividad implica para el contratante la asunción de una serie de obligaciones. El artículo 42.1 ET exige al empresario que subcontrate con terceros la realización de obras o servicios relacionados con su propia actividad comprobar que dicho subcontratista está al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social. Para ello, debe solicitarle por escrito certificación negativa por descubiertos en la Tesorería General de la Seguridad Social, que deberá recibir inexcusablemente en un plazo de treinta días. Transcurrido este plazo, el contratante quedará exonerado de responsabilidad.

#### 3.2.4.3 Responsabilidades derivadas de la subcontratación

El artículo 42.2 ET impone una serie de responsabilidades en relación a las obligaciones con la Seguridad Social y salariales contraídas por el subcontratista. Se trata, como se podrá observar, de una consecuencia negativa muy importante para el contratante y, para evitarla, este deberá asegurarse que el subcontratista cumple con las obligaciones incluidas en el artículo 42.1 ET y, en general, en la normativa laboral que resulte de aplicación.

##### 3.2.4.3.1 *En relación a las obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social*

---

<sup>258</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de julio de 1995.

En virtud de lo establecido por el artículo 42.2 ET, el contratante responderá solidariamente de las obligaciones contraídas por el subcontratista con la Seguridad Social, aunque únicamente en supuestos de subcontratas de la propia actividad de la contratante y siempre que no hubiera verificado, a través de la correspondiente solicitud de certificado de descubiertos ante la Tesorería General de la Seguridad Social, que el subcontratista estaba al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social o, habiendo solicitado el correspondiente certificado y siendo el mismo positivo, hubiera decidido, a pesar de ello, celebrar la correspondiente subcontrata.

La expresión «obligaciones referidas a la Seguridad Social» incluida en el artículo 42.2 ET incluye las obligaciones contraídas por las empresas subcontratistas con las entidades gestoras de la Seguridad Social, pero no las deudas que los empresarios tengan con sus propios trabajadores. Así, la jurisprudencia ha entendido que la responsabilidad por este concepto comprende «las cuotas de la Seguridad Social en sentido estricto, esto es, las correspondientes a las contingencias comunes, las primas de accidentes de trabajo, las cuotas de recaudación conjunta, en concepto de cotización por desempleo, formación profesional y FOGASA, las asimiladas a ellas a efectos recaudatorios, entre otras, las aportaciones por ayudas equivalentes a jubilaciones anticipadas o previas a las jubilaciones ordinarias y las aportaciones para el sostenimiento de los servicios comunes y sociales de la Seguridad Social y, por último, los recargos que, en su caso, sobre las mismas pendiesen, así como los intereses y costas del procedimiento de apremio»<sup>259</sup>.

Respecto a la limitación temporal de esta responsabilidad solidaria, el artículo 42.2 ET impone un doble límite temporal: en primer lugar, esa responsabilidad se limita a las obligaciones de Seguridad Social nacidas durante la

---

<sup>259</sup> STS de 30 de julio de 1996.

vigencia de la subcontrata y, en segundo lugar, la responsabilidad resultará exigible durante los tres años siguientes a la terminación del encargo. Lo relevante, por ende, es el momento de devengo de la deuda de Seguridad Social y no el momento del pago, por lo que si se trata de deudas nacidas durante la vigencia de la subcontrata el contratante debe responder solidariamente aunque el momento de pago tenga lugar una vez finalizada esta. El subcontratista deberá informar a sus trabajadores y a la Tesorería General de la Seguridad Social, por escrito, de la identidad de la contratante a la que estén prestando servicios en cada momento. En lo referido a la responsabilidad subsidiaria en relación con las obligaciones en materia de Seguridad Social prevista en el artículo 127.1 LGSS no se establece límite temporal alguno, por lo aplicarán los plazos de prescripción de la obligación de cotizar y de reconocimiento de prestaciones, de cuatro<sup>260</sup> y cinco<sup>261</sup> años respectivamente.

En supuestos de Seguridad Social, la responsabilidad solidaria de la contratante se puede extender a toda la cadena de subcontratistas<sup>262</sup>.

#### 3.2.4.3.2 *En relación a las obligaciones salariales contraídas por el subcontratista*

Respecto a las obligaciones salariales contraídas por el subcontratista, el artículo 42.2 ET impone al contratante una obligación solidaria respecto de las deudas salariales contraídas por el subcontratista durante la vigencia de la subcontrata. Como consecuencia de esta solidaridad, los trabajadores del subcontratista a los que se les adeude el salario podrán dirigirse indistintamente contra el subcontratista o la empresa contratante, e incluso, como señala el artículo 1.144 CC, contra ambas de forma simultánea.

---

<sup>260</sup> Vid. artículo 21 LGSS.

<sup>261</sup> Vid. artículo 43.1 LGSS.

<sup>262</sup> STS de 9 de julio de 2002.

Respecto a la limitación temporal de esta responsabilidad solidaria, el artículo 42.2 ET impone un doble límite temporal: en primer lugar, esa responsabilidad se limita a las obligaciones salariales nacidas durante la vigencia de la subcontrata y, en segundo lugar, la responsabilidad resultará exigible durante el año siguiente a la terminación del encargo.

Al igual que ocurriera en supuestos de deuda contraída con la Seguridad Social, en supuestos de deuda salarial, la responsabilidad solidaria de la contratante se puede extender a toda la cadena de subcontratistas<sup>263</sup>.

#### 3.2.4.3.3 *En relación a las obligaciones de seguridad y salubridad laboral*

Por último, respecto a las obligaciones de seguridad y salud en el trabajo, la normativa aplicable<sup>264</sup> hace especial hincapié en el aspecto preventivo de la seguridad y salubridad laboral, estableciendo obligaciones específicas de colaboración en aquellos supuestos en los que en un mismo espacio físico de trabajo coincide la actividad empresarial de dos o más empresarios -exista o no una relación o vínculo jurídico que una a las empresas concurrentes-.

Se distinguen tres supuestos de concurrencia de actividades empresariales en un mismo centro de trabajo.

Un primer supuesto sería cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades empleados de dos o más empresas. Si este fuera el caso, estas deberán cooperar en la aplicación de la normativa sobre prevención de riesgos laborales, estableciendo los medios de coordinación que sean necesarios en

---

<sup>263</sup> STS de 9 de julio de 2002.

<sup>264</sup> *Vid.* artículo 24 LPRL y RD 171/2004.

cuanto a la protección y prevención de riesgos laborales y la información sobre los mismos a sus respectivos trabajadores.

Un segundo supuesto se daría cuando en el centro de trabajo del que un empresario es titular<sup>265</sup> concurren empleados de varias empresas. Ante esta situación, el empresario titular del centro de trabajo deberá adoptar las medidas necesarias para que otros empresarios que desarrollen actividades en su centro de trabajo reciban la información e instrucciones adecuadas en relación con los riesgos existentes en el centro de trabajo y las medidas de protección, prevención y de emergencia a aplicar, para su traslado a sus respectivos trabajadores.

Por último, el tercer supuesto sería cuando la empresa que contrate o subcontrate con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquella y lo haga en los centros de trabajo del subcontratista. Si este fuere el escenario, el contratante deberá vigilar el cumplimiento por estos de la normativa de prevención de riesgos laborales. Adicionalmente, el artículo 10.3 RD 171/2004 exige también al contratante el deber de comprobar que las empresas subcontratistas concurrentes en su centro de trabajo han establecido los necesarios medios de coordinación entre ellas.

---

### **3.3 Cesión de trabajadores**

#### **3.3.1 Antecedentes**

Como se ha visto en los Capítulos anteriores, hoy en día existen múltiples formas para proceder con un proceso de *outsourcing* -recurriendo a uno o varios prestadores de servicios, segregando una parte de la compañía del cliente para

---

<sup>265</sup> Vid. artículo 2 RD 171/2004.



constituir otra y que esta se ocupe de llevar a cabo para la matriz las actividades externalizadas, etc.-.

Tradicionalmente, la jurisprudencia ha venido apreciando la cesión ilegal de trabajadores sólo a las empresas aparentes, entendidas estas como las que carecen de patrimonio, domicilio social, organización y mandos intermedios<sup>266</sup>. Sin embargo, a partir de 1994 se consideró que existía cesión ilegal aun cuando la empresa cedente tuviera una estructura productiva propia e independiente, siempre que el contratista limitase su actividad exclusivamente a ceder trabajadores a otra empresa, sin dirigir ni organizar el trabajo de los mismos y sin arriesgar su organización empresarial<sup>267</sup>.

Posteriormente, en el año 1995, el ET flexibilizó ligeramente esta radical postura, permitiendo que dicha prohibición no afectase a las ETTS debidamente autorizadas, pero manteniendo la prohibición y la correspondiente atribución de responsabilidad a las empresas cedente y cesionaria en los supuestos de prestamismo a través de empresas cedentes no reconocidas por la Autoridad Laboral como ETTS.

Más recientemente, en el año 2006 y como consecuencia, entre otros factores, de la gran cantidad de jurisprudencia que había recaído en relación a la cesión ilegal de trabajadores, el legislador se vio obligado a intervenir. La Ley para la mejora del crecimiento y del empleo modificó el ET para incorporar a la legislación existente y la interpretación sobre la materia emanada de la

---

<sup>266</sup> STS de 11 de octubre de 1993.

<sup>267</sup> *Vid.* como ejemplo, la STS de 19 de enero 1994 y la STS de 12 de diciembre de 1997.

jurisprudencia<sup>268</sup> hasta ese momento, contribuyendo a su sistematización y, por tanto, a dotar de una mayor seguridad jurídica la aplicación del precepto.

### 3.3.2 Cesión lícita de trabajadores

La cesión de mano de trabajadores a través de ETTS y la subcontratación de servicios se han articulado como fórmulas de éxito para organizar la actividad productiva y atender determinadas funciones en las empresas. Así, por un lado, el cliente puede externalizar temporalmente funciones propias de su actividad empresarial sin ampliar su plantilla de trabajadores -con el consiguiente ahorro en costes- y sin perder control ni el poder de decisión sobre la ejecución del servicio. Y, por otro lado, los prestadores consiguen dar respuesta ágil a las exigencias del mercado empresarial, planteando servicios a precios competitivos,

La regulación actual de la cesión de trabajadores se encuentra en el artículo 43 ET y en la Ley de modificación de la Ley de ETTS.

El artículo 43.1 ET establece que la contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de ETTS debidamente autorizadas. El carácter temporal es, por tanto, otra de las características esenciales que define los supuestos lícitos de puesta a disposición de trabajadores a través de ETTS y/o la subcontratación de actividades productivas. Así, a través de esa cesión de trabajadores deben satisfacerse necesidades temporales del cliente, no permanentes. Sin embargo, esta temporalidad obliga a la empresa cedente, en multitud de ocasiones, a formalizar contratos temporales con los trabajadores de la empresa subcontratista, lo cual conlleva la aplicación a estos de condiciones de cierta precariedad.

---

<sup>268</sup> *Vid.*, entre otras, la STS de 14 de marzo de 2006, la STS de 21 de marzo de 2006, la STS de 3 de octubre de 2005 y la STS de 16 de junio de 2003.

### **3.3.3 Cesión ilegal de trabajadores**

#### **3.3.3.1 Introducción**

Es preciso diferenciar las auténticas contrata de las falsas contrata, que encubren cesiones ilegales de mano de obra –proceso también conocido como prestamismo laboral-. Como se ha analizado, en la auténtica contrata, el contratista deberá ejercer una actividad empresarial propia y disponer del patrimonio e instrumentos productivos y una organización estable, respetando los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que le son inherentes como empresario.

En ocasiones, a pesar de la mejor intención de las partes, en lugar de externalizar actividades de conformidad a la normativa aplicable -sin vulnerar los derechos de los trabajadores afectados-, lo que se ha hecho es encubrir una cesión ilegal de trabajadores a través de una falsa contrata. La distinción entre una subcontratación de servicios entre empresas conforme a Derecho y una cesión ilegal de mano de obra es un aspecto complejo de identificar, lo que ha provocado la especial atención por parte los órganos jurisdiccionales competentes.

El problema al analizar la cesión ilegal de trabajadores es que la normativa laboral no delimita la frontera entre la auténtica contrata de servicios -ya sea de la propia actividad del empresario principal o no- de la falsa contrata que encubre una cesión ilegal de trabajadores. Han sido la doctrina y la jurisprudencia las que han venido precisando los criterios que perfilan la frontera entre un proceso de descentralización productiva lícita de un proceso que realmente ampara una cesión ilegal de mano de obra.

#### **3.3.3.2 Concepto de cesión ilegal de trabajadores**

El artículo 43.2 ET considera que existe cesión ilegal de trabajadores cuando «el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una

mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria».

La cesión ilícita de trabajadores puede producirse de forma directa, infringiendo de forma flagrante la normativa aplicable o mediante comportamientos aparentemente conformes a la Ley pero que producen un resultado antijurídico. Mientras que la modalidad de cesión ilícita directa se presenta en la práctica de forma muy excepcional, la segunda modalidad sí ha provocado un número elevado de supuestos de cesión ilegal de mano de obra<sup>269</sup>.

### 3.3.3.3 Elementos indiciarios de una cesión ilícita de trabajadores

Se indican a continuación algunos supuestos, a evitar, que supondrían indicios de cesión ilegal de trabajadores en una relación negocial de *outsourcing*: (i) que los servicios se presten en las instalaciones de la contratante y que el personal del contratista utilice medios de control del personal de la contratante -e. g. sistemas de fichaje, medición de tiempo, etc.-; (ii) que exista una coincidencia en horario de trabajo para el personal del contratista y de la contratante, y que esta última sea la que se encargue de la organización de los turnos de trabajo, vacaciones y demás criterios de tiempo de trabajo de la plantilla del contratista; (iii) la confusión de plantillas del contratante y del contratista en sustituciones y/o cambios de turnos; (iv) que la contratante decida sobre las sanciones a imponer al personal del contratista o sobre si un trabajador del contratista continúa o no en el servicio, así como que sea responsable de su selección; (v) que los sistemas retributivos o de incentivos del contratante y del contratista sean idénticos; (vi) que la contraprestación económica a recibir por el contratista se base, exclusivamente, en número de horas o días trabajadas por su personal o se fije en función de la

---

<sup>269</sup> Vid. la STS 14 de septiembre de 2001, la STS 17 de enero de 2002 y la STS de 16 de junio de 2003.

tarifa de su personal; (vii) que el contratista emplee equipos y bienes del contratante y/o idénticos sistemas informáticos -correo electrónico, intranet, *hardware*, etc.-.

Los puntos resumidos arriba son meros indicios. Por tanto, ante cualquier indicio se deberá analizar detalladamente si se está ante una lícita subcontratación de servicios o ante una cesión ilegal de mano de obra. Y para llevar a cabo el citado análisis será clave tomar en consideración no sólo lo establecido por el artículo 43 ET sino también los criterios jurisprudenciales más recientes al respecto -complementarios entre sí y que deben ser ponderados individualmente en cada caso concreto-. En definitiva, cuando se cuestione la entidad real de la contrata en que pretenda fundarse la cesión de trabajadores, será necesario examinar, en el supuesto concreto, las condiciones de su celebración y los aspectos materiales de su ejecución y desarrollo<sup>270</sup>.

Reconocer una cesión ilegal consiste en detectar al empresario efectivo de los trabajadores, debiendo ser este el que asuma las responsabilidades correspondientes sobre sus trabajadores de conformidad a la normativa aplicable<sup>271</sup>.

Por último, procede resaltar el posible el supuesto en el que una contrata inicialmente válida derive en cesión de mano de obra ilícita si, durante la prestación del servicio, se desnaturalizasen los términos iniciales del pacto hacia una cesión ilegal.

---

<sup>270</sup> STS de 29 de enero de 2004 y STS de 19 de mayo de 2004.

<sup>271</sup> STS 17 de julio de 1993 y STS de 16 de junio 2003.

### 3.3.3.4 Efectos de la declaración judicial de una cesión ilegal de trabajadores

En el supuesto de apreciarse que una relación negocial de *outsourcing* encubre, en realidad, una cesión ilegal de mano de obra, la Administración puede practicar acta de infracción por falta muy grave<sup>272</sup>. Respecto a la sanción, se establece una multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo de 100.006 euros a 187.515 euros<sup>273</sup>. La graduación de la multa atenderá a los siguientes criterios: la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, así como cualesquier otra circunstancia que pueda agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida<sup>274</sup>.

Ante una sentencia judicial que acuerde la existencia de cesión ilegal, el artículo 43.4 ET establece que se estaría ante una responsabilidad solidaria de los empresarios cedente y del cesionario en las obligaciones contraídas con los trabajadores y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades, incluso penales, que procedan por dichos actos. Así mismo, los trabajadores afectados podrán, a su libre elección, adquirir la condición de trabajadores fijos en la empresa cedente o en la cesionaria. Los derechos y obligaciones del trabajador en la empresa cesionaria serán los que correspondan, en condiciones ordinarias, a un trabajador que preste sus servicios en el mismo puesto de trabajo o equivalente, si bien la antigüedad se computará desde que comenzó la cesión ilegal. No obstante, este derecho de opción no implica la

---

<sup>272</sup> Vid. artículo 8.2 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>273</sup> Vid. artículo 40.1 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

<sup>274</sup> Vid. artículo 39 de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

posibilidad de extinguir unilateralmente su contrato de trabajo con derecho a la indemnización legal que pudiera corresponderle.

De ahí la importancia de la una vigilancia constante, en el seno de una relación negocial de *outsourcing*, de la forma de gestionar el servicio entre el cliente y el prestador así como entre el prestador y sus posibles subcontratistas.

---

### **3.4 Transferencia de una unidad productiva autónoma (UPA)**

#### **3.4.1 Introducción**

Como se ha indicado anteriormente, cuando una empresa se plantea llevar a cabo el *outsourcing* se debe cuestionar, entre otros aspectos, si es conveniente para su negocio que los trabajadores que hasta el momento de la externalización realizaban la actividad internamente en la empresa del cliente continúen trabajando ahí -en otros puestos o departamentos- o, alternatively, si sería más adecuado transferir dicho personal al nuevo prestador. Como puede intuirse, esta última opción es uno de los principales atractivos con los que cuenta el cliente por la simplificación y el ahorro de coste que conlleva y supone un reto complicado para el departamento de recursos humanos tanto del cliente como del prestador.

El traspaso de una UPA es una operación relativamente habitual en las relaciones de *outsourcing* de cierta envergadura, donde existe un interés por el cliente y el prestador de continuar el servicio con el mismo personal que lo venía prestando antes de formalizar la externalización. De esta forma, el cliente se asegura el mantenimiento del *know-how* relativo a sus aplicaciones y sistemas informáticos.

A grandes rasgos, puede entenderse la UPA como una unidad económica dentro de la empresa con capacidad organizativa y material suficiente para tener un

funcionamiento independiente. Su transferencia, con todos sus elementos organizativos y patrimoniales que le permiten continuar su actividad empresarial, supone uno de los supuestos recogidos la normativa laboral, según se analiza a continuación.

Para abordar transferencia de una UPA con unas garantías de éxito elevadas es más que conveniente crear canales de comunicación para transmitir tranquilidad a los empleados, permitiéndoles plantear las dudas que les puedan surgir y ayudándoles a conocer los detalles concretos sobre la compañía a la que se incorporan. Junto a lo anterior, deberán tener posibilidades reales de carrera profesional en la organización del prestador y conocerlas con carácter previo al traspaso.

En un *outsourcing*, la realidad es que los empleados del cliente son personas principalmente dedicadas al área de tecnología dentro de una empresa cuyo *core business* es otro muy diferente. Como consecuencia de la transferencia de la UPA, estos pasarán a integrarse en una organización, la del prestador, cuya actividad principal sí es la de prestar servicios tecnológicos a terceros, por lo que ciertamente este cambio puede aportarles un abanico de oportunidades que tanto el cliente como el prestador deberán saber comunicar adecuadamente. En ocasiones, los empleados transferidos abandonan la prestación del servicio a la empresa de su antiguo empleador y pasan a desempeñar funciones diferentes en la sociedad del prestador.

### **3.4.2 Normativa aplicable**

La normativa comunitaria prevé la subrogación contractual en las transmisiones de empresa, declarando, respecto a los trabajadores afectados, que los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral existente en la fecha del traspaso serán transferidos al



cesionario como consecuencia del mismo<sup>275</sup>. La subrogación contractual es automática -al estar asociada laboralmente con la transferencia empresarial- y es universal -al operar un traspaso de todas las obligaciones y derechos laborales existente en la fecha de la transferencia-.

Para garantizar el mantenimiento de los puestos de trabajo de empleados tras operaciones mercantiles empresariales, se prohíbe que la transferencia sea, en sí misma, una causa procedente de despidos para el cedente o el cesionario. No obstante, pueden ocurrir despidos con posterioridad a la cesión por motivos económicos u organizativos o pueden modificarse determinadas condiciones laborales por idénticas razones, todo ello de conformidad a la normativa laboral aplicable.

En la legislación nacional española la subrogación contractual en las transmisiones empresariales aparece regulada en el artículo 44 ET, precepto que posee naturaleza imperativa<sup>276</sup>. Al no establecer este su aplicación a un negocio jurídico concreto -oneroso o gratuito, *inter vivos* o *mortis causa*- como presupuesto de la transferencia, no cabe duda que resultará de aplicación en el marco de una operación de *outsourcing*. El precepto recoge dos principios fundamentales. Por un lado, en el seno de una política que ha de tender al pleno empleo<sup>277</sup>, el derecho al trabajo y a la estabilidad del mismo. Por otro lado, en el marco de una economía de mercado<sup>278</sup>, el derecho a la propiedad privada y a la libertad de empresa. Ello permite al titular de una empresa el derecho a disponer de esa titularidad

---

<sup>275</sup> Vid. artículo 3 Directiva 2001/23/CE.

<sup>276</sup> Por tanto, no puede ser contravenido por la voluntad de las partes. Vid. STS de 15 de marzo de 1983.

<sup>277</sup> Vid. artículos 35 y 40 CE.

<sup>278</sup> Vid. artículos 33 y 38 CE.

respetando determinados requerimientos, pudiéndola traspasar de forma parcial o total a un tercero<sup>279</sup>.

### 3.4.3 Transferencia de personal del cliente al prestador

Para la transferencia al prestador de los empleados del cliente hay dos alternativas: vía bases voluntarias o a través de la transferencia de una UPA.

En el supuesto de las bases voluntarias, se produce la cesación de la relación laboral entre la empresa y sus trabajadores con mutuo acuerdo. Seguidamente, se celebra un nuevo contrato de trabajo entre el prestador y dichos trabajadores. En estos supuestos, son los trabajadores los que, de acuerdo a las negociaciones realizadas con el prestador, deciden ser traspasados.

Sin embargo, hay ocasiones en las que, en una operación de *outsourcing*, están involucrados una multitud de empleados del cliente, acordando este y el prestador transferirlos vía UPA. Para que exista una UPA, el TS ha confirmado que lo esencial es que se trate de una unidad productiva diferenciada, susceptible de poder disgregarse de la empresa y de actuar de modo autónomo, aunque haya de dotarla de aquellos soportes complementarios que antes recibía de la unidad empresarial a la que estaba incorporada<sup>280</sup>.

Independientemente de la forma que se hubiera elegido para transferir a los empleados, por bases voluntarias o a través de una UPA, se deberán tomar en consideración y reflejar en el contrato de *outsourcing* las consecuencias en caso de extinción o resolución anticipada del contrato por cualquier causa. El cliente, en el

---

<sup>279</sup> PEREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F., *Libertad de empresa.*, op. cit., pp. 213-215.

<sup>280</sup> STS de 25 de abril de 1988.

supuesto de internalizar la actividad, pudiera necesitar determinado personal clave para continuar con garantías la prestación de los servicios.

#### **3.4.4 Requisitos para la transferencia de una UPA**

A continuación se analizan los requisitos exigidos por la jurisprudencia para configurar la transferencia de una UPA, de conformidad a lo establecido en el artículo 44 ET.

Como premisa inicial, se exige que exista un cambio de titularidad de la UPA del antiguo al nuevo empresario<sup>281</sup>. Adicionalmente, en relación al objeto de la transferencia, este debe consistir en la entrega al cesionario de los elementos necesarios y suficientes que conforman la infraestructura y organización empresarial básica, permitiéndole así continuar con la actividad empresarial al nuevo titular<sup>282</sup>. Lo decisivo es que lo transmitido sea susceptible de una explotación unitaria<sup>283</sup>. En otras palabras, la UPA implica la puesta a disposición del cesionario de todos los elementos que se consideran esenciales para permitirle continuar con la actividad empresarial como una unidad socio-económica de producción susceptible de actuar de forma autónoma<sup>284</sup>.

Es posible que se transfiera únicamente un determinado departamento o área de una empresa -también conocido como transferencia parcial de UPA-

---

<sup>281</sup> STS de 9 de octubre de 1994.

<sup>282</sup> *Vid.*, entre otras, la STS de 23 de febrero de 1994, la STS de 31 de marzo de 1998 y la STS de 22 de mayo de 2000.

<sup>283</sup> STS de 13 de marzo de 1990. Esta, literalmente, indica que «es necesario que la transferencia afecte a un conjunto de elementos patrimoniales susceptible de constituir un soporte productivo dotado de autonomía funcional y no a una mera actividad y a los contratos de trabajo a ella vinculados».

<sup>284</sup> KAHALE CARRILLO, D.T., *op. cit.*, p. 124.

siempre que, tal y como exige el artículo 44.2 ET, este sea capaz de desarrollar su actividad de forma independiente.

La transferencia parcial de UPA, muy habitual en el marco de una relación negocial de *outsourcing*, ha tenido dos etapas jurisprudenciales, situándose el punto de inflexión en la STS de 20 de octubre de 2004 y en la STS de 27 de octubre de 2004. Con anterioridad a estas, el TS exigía la entrega de medios patrimoniales para que operase una transmisión empresarial. Con posterioridad a las mencionadas sentencias, el TS flexibilizó ese requisito y aceptó la existencia de una UPA en aquellos supuestos en los que únicamente se transfieren los trabajadores, siempre que pueda demostrarse que para la existencia de una UPA no resulta imprescindible la presencia de elementos organizativos o patrimoniales<sup>285</sup>.

En virtud de lo anterior, se puede afirmar que si la UPA objeto de transferencia requiere de medios patrimoniales es imprescindible la transferencia de estos para que resulte de aplicación el artículo 44 ET. Por el contrario, si la UPA a transferir reside exclusivamente en los trabajadores, al ser ellos el elemento organizativo principal, es posible su transferencia de conformidad con el artículo 44 ET sin que vayan acompañados de elementos patrimoniales. Cabe destacar sin embargo, que este último supuesto de transferencia de personal sin elementos patrimoniales asociados no suele ser habitual en aquella UPA que acompaña a una operación de *outsourcing* ya que, aunque la actividad descansa en el conjunto de trabajadores que ejerce de forma duradera una actividad común, también es cierto que para el desempeño de la misma suelen requerirse, entre otros elementos patrimoniales, *hardware* y *software*.

---

<sup>285</sup> Entre otras, la STS de 26 de noviembre de 2004, la STS de 19 de enero de 2005, la STS de 29 de mayo de 2008 o la STS de 12 de julio de 2010.

### 3.4.5 Consecuencias de la transferencia de una UPA

El propio artículo 44 ET establece que el cambio de titularidad de una UPA no extinguirá, por sí mismo, la relación laboral de los trabajadores afectados. A. DESDENTADO<sup>286</sup> resalta los principales efectos o consecuencias de una transferencia de UPA.

#### 3.4.5.1 Continuidad de los contratos de trabajo del personal traspasado

La principal consecuencia de la transferencia de una UPA, de conformidad al artículo 44 ET, es la continuidad de los contratos laborales de los trabajadores traspasados al nuevo empresario, subrogándose este en los derechos y obligaciones del anterior empleador<sup>287</sup>.

La jurisprudencia ha definido los criterios que deberán respetarse para garantizar la conservación del contrato de trabajo y, en consecuencia, la estabilidad en el empleo pese a los cambios que puedan producirse derivados de la transferencia de la UPA<sup>288</sup>.

La subrogación en los contratos de trabajo de los empleados traspasados se produce sin importar que el contrato de trabajo esté sometido a periodo de prueba, sea por un tiempo determinado o tenga carácter indefinido.

---

<sup>286</sup> DESDENTADO BONETE, A. *La sucesión de empresa: Una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 38, 2002, pp. 241-266.

<sup>287</sup> *Vid.*, asimismo, el reflejo de esta obligación en el artículo 3.1 de la Directiva 2001/23/CE, que establece que «los derechos y obligaciones que resulten para el cedente de un contrato de trabajo o de una relación laboral, existente en la fecha del traspaso, serán transferidos al cesionario como consecuencia del traspaso».

<sup>288</sup> STS de 11 de diciembre de 1985 y STS de 16 de febrero de 1987.

Asimismo, dicha subrogación no afectará a las obligaciones laborales, básicas y accesorias, que venían determinadas en las relaciones laborales existentes -e. g. categoría del trabajador, pluses salariales, etc.)<sup>289</sup>.

Los trabajadores transferidos continuarán en la empresa cesionaria con los niveles retributivos que tenían con carácter previo al traspaso hasta que se produzca una reclasificación profesional conforme al sistema establecido en el convenio colectivo vigente en la compañía cesionaria<sup>290</sup>.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha establecido la compatibilidad del traspaso de UPA con un pacto unificador de las diversas estructuras salariales de la UPA que quedan absorbidas en la empresa cesionaria -sin obligar a una absoluta congelación de las condiciones de trabajo previas al traspaso, lo cual ocasionaría el fracaso de cualquier intento de regulación homogénea en supuestos de integración en la misma entidad de distintos grupos de trabajadores<sup>291</sup>-.

Conviene resaltar que, a pesar de lo mencionado, la transferencia de UPA otorga al cedente y al cesionario la potestad de llevar a cabo traslados, modificaciones de las condiciones de trabajo, suspensiones y extinciones en relación con los trabajadores transferidos. Sin embargo, para que lo anterior pueda aplicarse, deberá estar justificado y, adicionalmente, el cesionario deberá abrir un período de consultas con los representantes legales de los trabajadores sobre las medidas previstas y sus consecuencias para los trabajadores. El período de consultas debe celebrarse con la suficiente antelación -siempre antes de que las medidas se lleven a efecto-, debiendo las partes negociar de buena fe la

---

<sup>289</sup> STS de 15 de junio de 1992.

<sup>290</sup> STS de 20 de septiembre de 1994.

<sup>291</sup> STS 15 de diciembre de 1998.

consecución de un acuerdo<sup>292</sup>. Junto a ello, el período de consultas deberá ajustarse a lo dispuesto en los artículos 40.2 y 41.4 ET cuando las medidas supongan traslados colectivos o modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo de carácter colectivo.

Por último, indicar que nada impide que los trabajadores afectados por la subrogación como consecuencia de una transferencia de UPA se opongan a la misma. Así, la subrogación no es obligatoria para estos, pudiendo resolver su relación laboral con el cedente con carácter previo a la transferencia si esta fuera su opción preferida.

#### 3.4.5.2 Responsabilidad solidaria para los empresarios sucesivos de las obligaciones laborales

Adicionalmente, el artículo 44.3 ET impone una responsabilidad solidaria entre los empresarios sucesivos respecto a las obligaciones laborales anteriores y posteriores a la sucesión, pudiendo los trabajadores afectados por la transferencia dirigirse indistintamente contra el empresario cedente y contra el cesionario para obtener el cumplimiento de tales obligaciones.

Nada impide, sin embargo, que si el cesionario tuviera que desembolsar algún importe por el incumplimiento del cedente de sus obligaciones laborales - ocurridas con anterioridad a la transferencia de la UPA-, este pueda repetir civilmente contra el cedente. Y si el incumplimiento hubiera sido del cesionario con posterioridad a la transferencia de la UPA y el cedente hubiera tenido que desembolsar algún importe, este último podrá repetir civilmente contra el cesionario.

---

<sup>292</sup> Vid. artículo 44.9 ET.

La responsabilidad solidaria afecta exclusivamente a aquellos derechos y obligaciones realmente existentes en el momento de la transferencia de UPA; esto es, a aquello que los trabajadores transferidos hubiesen consolidado y adquirido, incorporado a su acervo patrimonial, y no a las meras expectativas futuras<sup>293</sup>. Esta responsabilidad solidaria tiene como objetivo reforzar la garantía para que los trabajadores cobren los créditos laborales y, adicionalmente, para prevenir posibles fraudes.

La garantía de la responsabilidad solidaria de las obligaciones consolidadas, anteriores a la transferencia de la UPA, que los trabajadores pueden reclamar, se prolonga durante tres años. Respecto a la responsabilidad solidaria en las obligaciones posteriores a la transferencia, esta se limita la responsabilidad solidaria del cedente a los supuestos en que aquella hubiera sido declarada delictiva.

#### 3.4.5.3 Aplicación temporal del convenio anterior

Por último, se garantiza la conservación del contenido contractual y la aplicación temporal del convenio anterior. Así, las relaciones laborales de los trabajadores afectados por la sucesión seguirán rigiéndose por el convenio colectivo que, en el momento de la transferencia, resultara de aplicación a la UPA transferida. Esta aplicación se mantendrá hasta la fecha de expiración del convenio colectivo de origen o hasta la entrada en vigor de otro convenio colectivo nuevo que resulte aplicable a la entidad económica transmitida<sup>294</sup>.

La aplicación temporal del convenio anterior es una regla general de carácter dispositivo, por lo que admite pacto en contrario. De esta forma, una vez

---

<sup>293</sup> STS de 20 de enero 1997 y STS de 24 de marzo 2003.

<sup>294</sup> *Vid.* artículo 44.4 ET.



consumada la sucesión, mediante acuerdo de empresa entre el cesionario y los representantes de los trabajadores, se podría dejar de aplicar el convenio de origen.

---

### **3.5 Regulación de los aspectos laborales en el contrato de *outsourcing***

En el momento de regular los aspectos laborales en el contrato a formalizar entre el cliente y el prestador, debe analizarse si en el momento de iniciar la relación se prevé transferir personal del cliente al prestador. A continuación se analizan los distintos escenarios que pueden darse, junto a otros aspectos que son necesarios tomar en consideración en lo relativo al personal asignado al servicio por parte del prestador, las obligaciones de cada parte derivadas de la normativa laboral así como las posibles restricciones que las partes pudieran imponerse, de forma unilateral o recíproca, en relación a la contratación directa de personal de la otra parte.

#### **3.5.1 Ante una ausencia de transferencia de personal**

Las operaciones de *outsourcing* complejas en las que no se establecen transferencias de empleados del cliente al prestador no suelen ser habituales.

A pesar de lo anterior, si este fuere el supuesto, se observan, entre otras, las siguientes ventajas: (i) el cliente será el único responsable de ocuparse de los problemas que pudieran surgir en relación a su personal -e. g. desmovilización, huelgas, despidos, etc.-; (ii) el cliente conoce bien a sus empleados y a sus sindicatos, por lo que puede manejar de forma más cordial posibles desmovilizaciones y/o despidos; y (iii) el prestador puede reclutar nuevos empleados de conformidad a sus políticas de contratación, sin tener que asumir

cargas de pasivos laborales<sup>295</sup> ni costes adicionales y puede iniciar el servicio sin el posible retraso que puede implicar la transferencia de personal desde el cliente.

Sin embargo, no todo son ventajas. La no transferencia de personal del cliente al prestador puede suponer, igualmente, algunas desventajas si el personal del prestador no tuviera un conocimiento profundo de las aplicaciones o metodologías del prestador. Por un lado, es posible que requiera una transición ordenada del servicio por parte del cliente, lo cual pudiera traducirse en un retraso del comienzo de la fase de servicio permanente. Por otro lado, es posible que el cliente pudiera vetarle la contratación de su personal clave dedicado hasta ese momento al servicio, con el consiguiente impacto negativo que para el prestador este hecho pudiera suponer.

Sin perjuicio de lo anterior, si a pesar de la intención indicada por las partes de no transferir personal, la legislación laboral aplicable obligase a llevar a cabo la transferencia de personas o si algún empleado del cliente solicitase ser transferido a la plantilla del prestador como consecuencia de la prestación del servicio, las partes deberán regular en el contrato esa situación. En ausencia de pacto expreso al respecto, lo razonable será que el prestador solicite, ante los acontecimientos descritos, que el cliente le mantenga indemne de cualquier responsabilidad de carácter laboral en que pudiera incurrir -e. g. asunción de pasivo laboral, despidos, etc.-, y ello siempre que el prestador hubiera informado al cliente con una antelación razonable de la ocurrencia de este hecho. En el supuesto de terminación del contrato de *outsourcing*, si algún empleado de solicitase ser transferido al cliente o al nuevo prestador que se hará cargo del servicio, las partes deberán regular contractualmente, así mismo, la mejor forma de abordar la situación.

---

<sup>295</sup> Se entiende por pasivo laboral el importe de la indemnización legal por despido improcedente que resulte de aplicar la legislación aplicable.

### 3.5.2 Ante una transferencia de personal

#### 3.5.2.1 Aspectos previos a la transferencia de personal en una operación de *outsourcing*

Como se ha analizado en el presente Capítulo, en determinados supuestos de traspaso de personal desde el cliente al prestador, concretamente cuando lo que se transfiere constituye una UPA según se define esta en el artículo 44 ET, la normativa laboral impone una serie de obligaciones y responsabilidades para el cedente y para el cesionario. Por ello, las partes no debieran alcanzar acuerdos vinculantes sin antes consultar con sus respectivos asesores legales y de recursos humanos ni sin haber realizado la pertinente auditoría, también conocida como *due diligence*, para conocer los requerimientos que pudiera imponer la normativa aplicable a esa oportunidad en particular.

Algunas de las ventajas de transferir al prestador los empleados del cliente que venían prestando el servicio con carácter previo al proceso de *outsourcing* se indican a continuación: (i) el prestador incorpora a su plantilla personal con un elevado conocimiento de las aplicaciones y metodologías del cliente, por lo que le resultará más sencillo prestar el servicio de conformidad a lo acordado en el contrato; (ii) el prestador, una vez estabilizado el servicio, puede dejar en el mismo a las personas claves y mover a diferentes proyectos a aquellas personas que pudiera considerar no críticas para el servicio.

Respecto al número de personas a transferir, el prestador no debiera asumir un compromiso de incorporar en su plantilla más personal del que sea realmente necesario para la prestación de los servicios. Es importante que el prestador evite recibir personal del cliente para luego proceder a su despido, a no ser que esté debidamente justificado. De hecho, una de las principales preocupaciones cuando el prestador analiza la necesidad o no de transferir personal desde el cliente es el riesgo de terminar asumiendo cargas laborales de más empleados de los que

realmente necesita para la prestación del servicio. Esto puede ocurrir en aquellos supuestos en los que el cliente no tiene correctamente dimensionado el servicio, por lo que dedica más personal del realmente necesario al mismo.

Asimismo, en aquellos supuestos en los que las partes acuerden la transferencia de personas, deberá también pactarse la compensación económica que el prestador deberá de recibir como consecuencia de los gastos laborales y posibles responsabilidades relacionadas con el personal transferido.

### 3.5.2.2 Aspectos contractuales ante una transferencia de personal

Normalmente, suele incluirse un anexo específico en el contrato de *outsourcing* para establecer los términos y condiciones en virtud de los cuales el prestador contratará a determinados empleados del cliente así como las respectivas obligaciones de las partes.

Lo primero que deberá analizarse, de forma conjunta por las partes, es si la prestación del servicio por el prestador implica o no una transferencia de UPA, por concurrir o no los requisitos legalmente exigidos por el artículo 44 ET y tomando en consideración la interpretación emanada de la jurisprudencia y doctrina aplicable.

Si resultara de aplicación la transferencia de una UPA, las partes deberán regular en el contrato, sin contradecir lo establecido por la normativa laboral, las obligaciones de cada una de las partes en relación a los empleados transferidos o aquellos que hubieran sido contratados por el prestador de forma específica para la prestación del servicio en los supuestos de terminación anticipada del mismo o cuando este expire. Y, junto a lo anterior, las consecuencias en caso de producirse modificaciones en la normativa laboral que, de cualquier forma, pudieran impactar en el servicio.

En el supuesto en el que no resulte de aplicación el artículo 44 ET y, sin embargo, las partes estimen conveniente traspasar determinados empleados desde el cliente al prestador, suele seguirse el siguiente procedimiento. En primer lugar, los trabajadores a traspasar causan baja voluntaria en la empresa del cliente, quedando de este modo extinguida la relación laboral del personal con este, suscribiéndose, a tal efecto, documento de liquidación, saldo y finiquito con dicho personal. Con posterioridad, el prestador realiza una oferta de contratación al personal que causó baja en el cliente.

### **3.5.3 Personal del prestador asignado al servicio**

Independientemente de que las partes hubieran acordado transferencia de personal del cliente al prestador, para la correcta prestación de los servicios objeto del contrato el prestador deberá disponer de los recursos humanos con los conocimientos necesarios en cada momento durante la vigencia del contrato. De este modo, las partes deberán adoptar un enfoque orientado al servicio y no a los empleados, con el fin de evitar indicios de cesión ilegal de trabajadores. Junto a lo anterior, deberán acordar el nivel de flexibilidad oportuno en cuanto a composición y ubicación del equipo de trabajo -que, como se analizó, podrá ubicarse en las oficinas del cliente o en las del prestador-, así como la disponibilidad para absorber trabajos específicos y/o picos de trabajo, etc.

### **3.5.4 Obligaciones derivadas de la normativa laboral**

Cada una de las partes se obliga, en relación a su personal, al pago de las cuotas de Seguridad Social, accidentes de trabajo, mutualidades laborales y demás obligaciones de conformidad con la legislación vigente, siendo responsable de las mismas, sean o no consecuencia directa o indirecta de la prestación del servicio.

Para verificar el cumplimiento de las obligaciones anteriores, es habitual que el cliente incluya en el contrato su potestad para solicitar al prestador, respecto al

personal del prestador asignado al servicio, determinada información y documentación. A título enunciativo, el certificado de estar al corriente en el pago de cotizaciones a la Seguridad Social y Hacienda Pública, los datos del personal asignado al servicio, los partes de alta en Seguridad Social y boletines de cotización TC-1 y TC-2 relativos al período de asignación al servicio, la certificación en la que el prestador manifieste que está al corriente en el cumplimiento de obligaciones salariales y que el personal asignado al servicio tiene los permisos de trabajo y residencia en vigor.

Las partes deberán mantenerse indemnes por cualquier daño o perjuicio que se derive del incumplimiento, por la contraparte, de la normativa de índole laboral o de Seguridad Social.

### **3.5.5 Seguridad y salubridad laboral**

Las partes responderán, asimismo del cumplimiento, en todo momento, de todas las normas de seguridad y salubridad laboral en el trabajo exigidas por la legislación vigente en cada caso.

Si el prestador llevara a cabo sus actividades en las instalaciones del cliente, las partes deberán coordinar la información necesaria sobre riesgos laborales existentes e inherentes a la prestación del servicio, comprometiéndose a adoptar las medidas oportunas para su observación y cumplimiento, informando y formando a todos sus empleados sobre los riesgos inherentes a la prestación del servicio, con independencia del entorno en que se desarrollen. El prestador deberá cumplir y hacer cumplir al personal asignado al servicio que esté desplazado en las instalaciones del cliente las medidas preventivas que, en cada caso, sean de aplicación, así como dotar y asegurarse de utilizar, en su caso, cuantos medios de protección personal o colectiva sean necesarios. En consideración a lo anterior, y a fin de dar cumplimiento a la LPRL, el cliente deberá suministrar al prestador

información sobre la evaluación de riesgos y medidas de emergencia existentes en sus instalaciones y el prestador deberá comprometerse a observarlas<sup>296</sup>. Esta información deberá suministrarse, en todo caso, antes del inicio de las actividades por el personal del prestador o cuando se produzca un cambio en los riesgos existentes que sea relevante a efectos preventivos.

### **3.5.6 Restricciones a la contratación de personal de la contraparte**

En ocasiones las partes suelen acordar una renuncia recíproca a contratar, directamente o mediante terceros, a los empleados de la otra parte que estuvieran involucrados en la prestación de los servicios. Dicha limitación de contratación suele extenderse durante la vigencia del contrato y un periodo adicional tras la resolución de este. En el caso que alguna de las partes no respetara este acuerdo, se podría pactar la obligación de indemnizar a la parte perjudicada. No obstante, los contratantes debieran estar facultados a contratar a personal de la otra parte siempre que el empleo se ofreciese de forma general, sin estar la oferta de trabajo dirigida directamente a los empleados de la otra parte.

---

<sup>296</sup> *Vid.* RD 171/2004.

## 4 PROTECCIÓN DE DATOS

### 4.1 Normativa aplicable

#### 4.1.1 Normativa comunitaria

E. SUÑÉ nos recuerda que el derecho a la intimidad se presenta como un derecho fundamental diferenciado debido a su vínculo con la tecnología. El punto de referencia inicial de este derecho fue el artículo jurídico *The Right to Privacy*, publicado en 1890 y cuya autoría corresponde a Samuel Warren y Louis Brandeis<sup>297</sup>.

Con posterioridad, en 1948, el derecho a la protección de la esfera privada contra intrusiones de terceros, especialmente de los gobiernos, fue recogido en el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos. El literal del artículo establece que «nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques».

Con el desarrollo de las tecnologías de la información, se celebró en Estrasburgo el Convenio 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, el cual fue ratificado por todos los estados miembros de la UE. Tal y como indica L. REBOLLO «la inquietud de las organizaciones supranacionales por el respeto a los derechos de la personalidad, así como por las

---

<sup>297</sup> SUÑÉ LLINÁS, E. *Tratado de Derecho Informático. Volumen I: Introducción y Protección de Datos Personales*, edición 2ª, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002, p. 37.



disfunciones sociales que los nuevos medios tecnológicos pueden producir, tuvo su plasmación en el Convenio 108 del Consejo de Europa»<sup>298</sup>.

A escala europea, la Directiva 95/46/CE constituye la piedra angular en materia de protección de datos personales<sup>299</sup>. Crea un marco regulador destinado a establecer un equilibrio entre un nivel elevado de protección de la vida privada de las personas y la libre circulación de datos personales dentro de la UE. Con ese objeto, la Directiva 95/46/CE fija límites estrictos para la recogida y utilización de los datos personales y solicita la creación, en cada Estado miembro, de un organismo nacional independiente encargado de la protección de los mencionados datos. Sin embargo, a pesar del intento de la citada Directiva de armonizar la legislación europea en materia de protección de datos personales, existen importantes diferencias en la transposición realizada por los distintos Estados miembros -e. g. el régimen sancionador-<sup>300</sup>.

Debido a la vertiginosa evolución de la tecnología se han planteado nuevos retos para la protección de los datos personales de los afectados. Se ha incrementado sobremanera la magnitud del intercambio y la recogida de datos personales. Hoy día, la tecnología permite que las empresas privadas y los organismos públicos utilicen datos personales para desarrollar sus actividades a una escala sin precedentes. Las personas físicas revelan un volumen cada vez mayor de información personal. Por estas y otras razones, la protección de datos

---

<sup>298</sup> REBOLLO DELGADO, L. *Vida Privada y Protección de Datos en la Unión Europea*, editorial Dykinson, Madrid, 2008, p. 106.

<sup>299</sup> La Directiva 95/46/CE se completa con la Directiva 2002/58/CE y la Directiva 2006/24/CE. Ambas resultan de aplicación en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, por lo que aplicarán a una relación comercial de *outsourcing* sólo cuando esta se encuentre enfocada directamente a ese área de actividad.

<sup>300</sup> SUÑÉ LLINÁS, E. y SANTAMARÍA RAMOS, F. “Responsables y encargados del tratamiento: Título VII. Infracciones y Sanciones. Artículo 43”, (Dir.) TRONCOSO REIGADA, A. *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2010, p. 2.016.

personales desempeña una función esencial en la Agenda Digital para Europa y, más concretamente, en la Estrategia Europa 2020.

Si bien el marco jurídico europeo actual sigue siendo adecuado en lo referente a sus principios y objetivos, a principios del año 2012 la Comisión Europea propuso una reforma del paquete normativo europeo de la protección de datos personales alegando que las reglas actuales necesitaban modernizarse a la vista de rápido desarrollo tecnológico y la globalización, estableciendo, a través de la mencionada reforma, un marco más sólido y coherente. Se pretende, de esta forma, reducir los trámites burocráticos, ampliar la independencia y las facultades de las autoridades nacionales de protección de datos y crear un sistema de ventanilla única para la protección de datos en la UE. La propuesta de la Comisión Europea consiste en una nueva regulación general de la protección de datos personales, con dos iniciativas legislativas concretas: (i) un Reglamento de Protección de Datos directamente aplicable en todos los Estados miembros que ponga fin a la aplicación acumulativa y simultánea de distintas leyes nacionales de protección de datos<sup>301</sup>, y (ii) una Directiva relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por las autoridades competentes a efectos de la prevención, investigación, detección y enjuiciamiento de infracciones penales o la ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de estos datos.

Las principales reformas planteadas por nueva regulación europea se resumen a continuación: (i) se refuerzan los derechos de los ciudadanos a la protección de sus datos, asegurando que siempre que se requiera su consentimiento este se deba otorgar de forma explícita, dotando a los

---

<sup>301</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento general de protección de datos). Bruselas, a 25 de enero de 2012.

interesados<sup>302</sup> de un derecho efectivo a que se supriman sus datos si retiran su consentimiento y no existen otros motivos legítimos para conservarlos, garantizándoles un acceso fácil a los datos propios, la libertad de transferirlos de un prestador de servicio a otros sin trabas y reforzando su derecho a recabar información sobre los mismos; (ii) se mejoraran los medios que permiten a los interesados ejercer sus derechos; (iii) se refuerza la seguridad de los datos y se fomenta el uso de tecnologías que protejan la privacidad de los mismos; (iv) se incrementa la responsabilidad de quienes tratan datos, exigiendo a las empresas con más de 250 empleados y a aquellas que efectúen operaciones de tratamiento de datos de cierto riesgo, que nombren a un delegado de protección de datos, introduciendo el principio de privacidad desde el diseño -en inglés, *privacy by design*- a fin de asegurar que las garantías de protección de los datos se incorporan desde las fases tempranas de planificación de los procedimientos y sistemas.

#### 4.1.2 Normativa nacional

En la actualidad, en España rige la normativa más rigurosa en materia de protección de datos personales, siendo el país europeo que ha desarrollado con mayor intensidad los principios consagrados por la Directiva 95/46/CE.

El derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal deriva del artículo 18.4 CE, que dispone que la Ley limitará el uso de la información para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos así como el pleno ejercicio de sus derechos.

---

<sup>302</sup> Se entiende por interesado o afectado la persona física titular de los datos que sean objeto de tratamiento.

El citado precepto 18.4 CE se desarrolló, en 1992, a través de la LORTAD, cuyo ámbito de aplicación se circunscribía exclusivamente a los ficheros de carácter automatizado. Esta norma se desarrolló a través del RDMS que reguló las medidas técnicas y organizativas que debían aplicarse a los sistemas de información en los que se tratasen datos de carácter personal de forma automatizada.

Con posterioridad, en el año 1999, entró en vigor la LOPD, que vino a derogar la LORTAD. En cuanto a su objeto y ámbito de aplicación, señalar que la LOPD viene a garantizar y proteger el tratamiento de los datos personales, las libertades públicas y los derechos fundamentales de las personas físicas, y especialmente de su honor e intimidad personal y familiar, siendo de aplicación a los datos de carácter personal registrados en soporte físico, que los haga susceptibles de tratamiento, y a toda modalidad de uso posterior de estos datos por los sectores público y privado<sup>303</sup>. A fin de garantizar la necesaria seguridad jurídica en un ámbito tan sensible para los derechos fundamentales como el de la protección de datos, el legislador declaró subsistentes las normas reglamentarias existentes<sup>304</sup>, a la vez que habilitó al Gobierno para la aprobación o modificación de las disposiciones reglamentarias necesarias para la aplicación y desarrollo de la LOPD. Finalmente, en el año 2007 el legislador aprobó el RLOPD, que deroga el RDMS y contempla un catálogo de medidas de seguridad aplicables a ficheros y tratamientos automatizados y no automatizados que contengan datos personales.

En relación a la transferencia internacional de datos, es de destacar el esfuerzo realizado por el legislador para concretar, a través del RLOPD, conceptos

---

<sup>303</sup> *Vid.* artículos 1 y 2 LOPD. El objeto de la protección se circunscribe a toda información que pueda vincularse a una persona física, pertenezca o no a su esfera de intimidad.

<sup>304</sup> En concreto, el Estatuto de la AEPD, el RD 1332/1994 y el RDMS.

que se encontraban dispersos en la LOPD<sup>305</sup>, la regulación de la subcontratación por encargados y el desarrollo del régimen de las transferencias internacionales<sup>306</sup>, así como el régimen de los procesos administrativos vinculados como el de la autorización<sup>307</sup> o el de suspensión temporal<sup>308</sup>. El RLOPD trata de no reiterar los contenidos de la LOPD y sí de desarrollar tanto los mandatos contenidos en la propia LOPD como aquellos aspectos que, desde la entrada en vigor de esta, se ha demostrado que precisan de un mayor desarrollo normativo. Ambas normas, LOPD y RLOPD, comparten la finalidad de hacer frente a los riesgos que para los derechos de la personalidad puede suponer el acopio y tratamiento de datos personales.

---

## 4.2 Definiciones

### 4.2.1 Dato de carácter personal

Se considera como dato personal cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier otro tipo concerniente a personas físicas identificadas o identificables. Será persona identificable aquella cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad física, fisiológica, psíquica, económica, cultural o social. Así, una persona física no se considerará identificable si dicha identificación requiere plazos o actividades desproporcionados.

Ejemplos de datos que, por sí solos, se consideran de carácter personal, pudieran ser los siguientes: nombre y apellidos, dirección postal, número de

---

<sup>305</sup> Vid. artículo 5 RLOPD.

<sup>306</sup> Vid. artículos 65 a 70 RLOPD.

<sup>307</sup> Vid. artículos 137 a 140 RLOPD.

<sup>308</sup> Vid. artículos 141 a 144 RLOPD.

teléfono, DNI, pasaporte, número de la Seguridad Social, número de carnet de conducir, número de cuenta bancaria o tarjeta de crédito, IP, huella digital, fotografía, etc.-.

En el pasado se planteó si el correo electrónico podía ser o no considerado como un dato de carácter personal. La AN vino a corroborar lo ya establecido con anterioridad por la jurisprudencia: «En relación con la dirección de correo electrónico, esta Sala ha considerado en las SAN de 23 de marzo 2006 y de 25 de mayo de 2006, que la dirección de correo electrónico de la que es titular una persona física constituye una información que le concierne, que le afecta y que forma parte del ámbito de su privacidad protegido por la LOPD, siéndole plenamente aplicable su régimen jurídico. En dichos procedimientos se argumentaba que, en los supuestos a los que se referían, la dirección de correo electrónico no recogía el nombre y apellidos de su titular y no tenía vinculación con su identidad por lo que no debería considerarse como dato de carácter personal, pero ello fue desestimado por las citadas sentencias. En concreto, la SAN de 25 de mayo de 2006 especificaba que la dirección de correo electrónico de que es titular una persona física constituye un dato personal porque, con independencia de que la denominación de la dirección corresponda o no con el nombre y apellido de su titular, país o empresa en la que trabaja, lo cierto es que se puede, mediante una operación nada difícil, identificar perfectamente a una persona física porque la dirección de correo electrónico aparecerá vinculada a un dominio concreto y sólo será necesario consultar al servidor en que se gestione dicho servicio. Es más, esta Sala, en un caso como el número del Documento Nacional de Identidad, que en principio no tiene aparente relación externa con el nombre y apellido de su titular, ha entendido que es un dato de carácter personal amparado por la LOPD en la sentencia de 27 de octubre de 2004. Por tanto, la dirección de correo electrónico de una persona física, en la medida que permite identificar a su titular sin plazos ni actividades desproporcionadas, constituye un dato personal y su tratamiento en

casos como el presente, y sin perjuicio de las previsiones específicas establecidas por la LSSI para otros supuestos, está sometido a las previsiones de la LOPD»<sup>309</sup>.

Es importante recordar que la normativa sobre protección de datos protege únicamente los datos pertenecientes a personas físicas, dejando fuera los tratamientos que se realicen sobre los datos de personas jurídicas. Los datos referidos a personas físicas que presten servicios en empresas también están excluidos del ámbito de aplicación de la LOPD y el RLOPD siempre que estos se refieran exclusivamente a nombre, apellido, funciones, dirección de contacto y número de teléfono y fax profesional<sup>310</sup>.

En relación a los empresarios individuales, la AEDP consideró que la legislación de protección de datos no será aplicable en los supuestos en los que los datos del empresario individual sometidos a tratamiento hagan referencia únicamente al mismo en su condición de comerciante; es decir, a su actividad empresarial y ello siempre que el uso de los datos estuviera limitado a las actividades empresariales; es decir, el sujeto respecto del que pretende llevarse a cabo el tratamiento es la empresa constituida por el comerciante y no el empresario mismo que la hubiese constituido. Si la utilización de dichos datos se produjera en un ámbito distinto quedaría plenamente sometida a las disposiciones de la LOPD<sup>311</sup>.

Respecto a los datos personales referidos a los empresarios individuales, debe considerarse que aquellos que aluden al empresario como sujeto de derecho están incluidos en el ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de

---

<sup>309</sup> SAN de 15 de enero de 2011.

<sup>310</sup> *Vid.* artículo 2.2 RLOPD.

<sup>311</sup> *Vid.* Informe 2008/078 de la AEDP sobre el ámbito de aplicación de la legislación de protección de datos. Aplicación a empresarios individuales y personas de contacto (artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento).

datos mientras que los relativos a su empresa o al ejercicio de su actividad económica estarán excluidos<sup>312</sup>.

#### **4.2.2 Fichero**

Un fichero es todo conjunto organizado de datos de carácter personal que permita el acceso a los datos con arreglo a criterios determinados, cualquiera que fuere la forma o modalidad de su creación, almacenamiento, organización y acceso.

El fichero de titularidad privada tendrá como responsable a personas, empresas o entidades de derecho privado, así como a las corporaciones de derecho público, en cuanto dicho fichero no se encuentren estrictamente vinculado al ejercicio de potestades de derecho público que a las mismas atribuye su normativa específica.

El fichero de titularidad pública, por su parte, tendrá como responsable a los órganos constitucionales o con relevancia constitucional del Estado o las instituciones autonómicas con funciones análogas a los mismos.

A pesar que el sentido común suele identificar la existencia de un fichero sujeto a la LOPD cuando se utiliza un gestor de bases de datos y no cuando los datos se tratan con un procesador de textos, lo cierto es que aunque no se utilice una base de datos puede existir un fichero objeto de inscripción -e. g. un listado de clientes en un documento de un procesador de textos o la agenda de contactos profesionales en un gestor de correo electrónico.

---

<sup>312</sup> *Vid.* artículos 2.2 y 2.3 RLOPD.



Asimismo, siguiendo los argumentos esgrimidos por la AEPD, puede existir un mismo fichero en distintos ordenadores, ya que el concepto de fichero no va directamente vinculado a la exigencia de que el mismo se encuentre en una única ubicación, por lo es posible la existencia de ficheros distribuidos en lugares geográficos remotos entre sí, siempre y cuando la organización y sistematización de los datos responda a un conjunto organizado y uniformado de datos, sometido a algún tipo de gestión centralizada<sup>313</sup>.

#### **4.2.3 Responsable del fichero y encargado del tratamiento**

Se entiende por responsable del tratamiento o del fichero a aquella persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo, que solo o conjuntamente con otros decida sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, aunque no lo realizase materialmente.

Por su parte, se puede definir al encargado del tratamiento como la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo que, solo o conjuntamente con otros, trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento o del responsable del fichero, como consecuencia de la existencia de una relación jurídica que le vincula con el mismo y delimita el ámbito de su actuación para la prestación de un servicio.

El tratamiento de datos es cualquier operación o procedimiento técnico, sea o no automatizado, que permita la recogida, grabación, conservación, elaboración, modificación, consulta, utilización, modificación, cancelación, bloqueo o supresión, así como las cesiones de datos que resulten de comunicaciones, consultas, interconexiones y transferencias.

---

<sup>313</sup> *Vid.* Informe 368/2003 de la AEPD sobre la inscripción de ficheros situados en múltiples ubicaciones.

En la LOPD se recogen, entre otros aspectos, las obligaciones que los responsables de los ficheros y los encargados de los tratamientos deberán observar para garantizar el derecho a la protección de datos personales. Ambos, encargado y responsable del tratamiento, pueden ser sancionados de acuerdo a la normativa mencionada si incumplen sus obligaciones.

#### **4.2.4 Agencia Española de Protección de Datos (AEPD)**

La AEPD se configuró como un ente de Derecho Público, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, que actúa con plena independencia de las Administraciones Públicas en el ejercicio de sus funciones - entre las que destacan velar por el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos y controlar su aplicación, con potestad inspectora y sancionadora<sup>314</sup>.

Se rige por lo dispuesto en el Título IV LOPD y en el Estatuto de la AEPD. El artículo 5.c) del Estatuto de la AEPD establece que este organismo deberá colaborar con los órganos competentes en lo que respecta al desarrollo normativo y aplicación de las normas que incidan en materia de protección de datos personales y, a tal efecto, dictará instrucciones y recomendaciones precisas para adecuar los tratamientos a los principios de la normativa aplicable a la materia en cuestión.

---

### **4.3 Ámbito de aplicación de la LOPD y principios aplicables**

#### **4.3.1 Ámbito de aplicación de la LOPD**

El TC recogió de manera expresa el derecho fundamental a la protección de datos como un derecho autónomo e independiente del derecho de intimidad, lo cual supuso un importante hito en el área de la protección de datos personales en

---

<sup>314</sup> Vid. Título VI de la derogada LORTAD.

España<sup>315</sup>. El contenido del derecho fundamental a la protección de datos consiste, tal y como señala el propio TC, «en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a la persona para decidir los datos a proporcionar a un tercero, sea el Estado o un particular, o los datos que puede este tercero recabar, y que también permite al individuo saber quién posee esos datos personales y para qué, pudiendo oponerse a esa posesión o uso». De este modo, el derecho autónomo e informador de nuestro texto constitucional a la protección de datos está integrado por los principios y derechos que se contemplan en la LOPD y el RLOPD y se concreta en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta al afectado a decidir los datos a proporcionar a un tercero o los datos que puede este tercero recabar, y que también le permite conocer quién posee sus datos personales así como la finalidad para su tratamiento, ostentando el interesado determinados derechos en relación a sus datos personales frente al tercero.

El ámbito de aplicación de la normativa sobre protección de datos comprende el tratamiento automatizado y el no automatizado de los datos de carácter personal, resultando de aplicación a toda información que pueda vincularse a una persona física, pertenezca a la esfera de su intimidad o no.

Por tanto, en una operación de *outsourcing* en la que el cliente sea titular de un fichero y los datos personales contenidos en este vayan a ser tratado por el prestador, resultará de aplicación la normativa sobre protección de datos personales.

---

<sup>315</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre.

### 4.3.2 Principios aplicables a la protección de datos personales

Antes de proceder con las cuestiones específicas que plantea el fenómeno del *outsourcing* en relación con la protección de datos, es oportuno aclarar los principios fundamentales contenidos en la normativa relacionada con la materia para determinar la licitud del tratamiento de datos personales tanto por los responsables como por los encargados del tratamiento.

#### 4.3.2.1 Principio de publicidad

La LOPD crea el RGPD, atribuyéndole, entre otras, la función de inscripción de los ficheros de que sean titulares las Administraciones Públicas y las entidades privadas.

El responsable del fichero deberá notificar ante el RGPD la existencia de ficheros con anterioridad a su uso<sup>316</sup>, comprometiéndose a cumplir con todas las exigencias legales que pudieran aplicar a los mismos. En virtud de lo establecido en la LOPD<sup>317</sup>, serán objeto de inscripción en el RGPD: (i) los ficheros de los que sean titulares las Administraciones Públicas; (ii) los ficheros de titularidad privada; (iii) las autorizaciones de transferencias internacionales; (iv) los códigos tipo; y (v) los datos relativos a los ficheros que sean necesarios para el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición.

La Resolución de 12 de julio de 2006 de la AEPD aprueba los formularios electrónicos a través de los que deberán efectuarse las solicitudes de inscripción de

---

<sup>316</sup> Vid. artículo 26 LOPD. Por su parte, el artículo 44.2.b) LOPD establece como infracción leve no solicitar la inscripción del fichero de datos de carácter personal en el RGPD. La falta de notificación del fichero para su inscripción en el RGPD, tal y como confirmó la SAN de 19 de julio de 2013, es una infracción persistente a efectos de prescripción, de forma que la prescripción sólo se interrumpe por la notificación.

<sup>317</sup> Vid. artículo 39 LOPD.

ficheros en el RGPD, así como los formatos y requerimientos a los que deben ajustarse las notificaciones remitidas en soporte informático o telemático. Según se indica en la Memoria Anual de la AEPD correspondiente al año 2013, ese año finalizó con un total de 3.375.059 ficheros inscritos en el RGPD, una cifra que supuso un incremento de un 12,4% respecto al año 2012. Este es uno de los indicadores utilizados habitualmente para evaluar el conocimiento de la normativa sobre protección de datos por parte de las empresas que actúan en España.

Esta función del RGPD se complementa con la de velar por la publicidad de la existencia de los ficheros de datos de carácter personal, a cuyo efecto la AEPD publica periódicamente la relación de ficheros inscritos<sup>318</sup>. Con esta información se facilita a la ciudadanía el ejercicio de su derecho a consulta<sup>319</sup>, informando pública y gratuitamente de la existencia de tratamientos de datos de carácter personal, sus finalidades así como la identidad del responsable del fichero.

Una vez inscrito el fichero, el responsable deberá elaborar, conforme a las prescripciones legales, un documento de seguridad para el mismo.

#### 4.3.2.2 Principio del consentimiento

Todo tratamiento de datos personales requiere el consentimiento previo e inequívoco del interesado o titular de los mismos para permitirle ejercer el control efectivo del uso de sus datos por parte de terceros.

---

<sup>318</sup> Vid. artículo 37.j) LOPD.

<sup>319</sup> Vid. artículo 14 LOPD.

A este respecto, se entiende que el interesado ha otorgado su consentimiento cuando haya manifestado su voluntad informada, específica, libre e inequívoca de consentir el tratamiento de datos personales que le conciernen<sup>320</sup>.

El interesado deberá conocer, con anterioridad al tratamiento de sus datos por un tercero, su existencia y las finalidades del mismo. En este sentido, el consentimiento del titular de los datos deberá ir precedido de una declaración del responsable del fichero en la que se informe de manera clara y precisa de la inclusión de sus datos en un fichero, de los usos que se prevé dar a los mismos, de los posibles destinatarios de los datos, etc., a fin de que el interesado consienta o no a dar sus datos. El consentimiento deberá ir referido a una operación de tratamiento concreta y para una finalidad determinada, explícita y legítima del responsable del tratamiento<sup>321</sup>.

Se entiende que se ha manifestado el consentimiento de forma libre cuando este se ha producido sin la intervención de vicio alguno del consentimiento, en los términos regulados por el CC.

No se consideraría válido el consentimiento presunto o el que pudiera deducirse de los actos realizados por el afectado, sino que la normativa exige la existencia de una acción u omisión expresa por parte del interesado que implique el otorgamiento del consentimiento por su parte. Sin perjuicio de lo anterior, el

---

<sup>320</sup> Vid. artículo 3.h LOPD. Adicionalmente, según establece el artículo 6.2 LOPD, «no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se recojan para el ejercicio de las funciones propias de las Administraciones públicas en el ámbito de sus competencias; cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento; cuando el tratamiento de los datos tenga por finalidad proteger un interés vital del interesado en los términos del artículo 7, apartado 6, de la presente Ley, o cuando los datos figuren en fuentes accesibles al público y su tratamiento sea necesario para la satisfacción del interés legítimo perseguido por el responsable del fichero o por el del tercero a quien se comuniquen los datos, siempre que no se vulneren los derechos y libertades fundamentales del interesado».

<sup>321</sup> Vid. artículo 4.1 LOPD.

consentimiento podrá ser tácito, salvo cuando se trate de datos especialmente protegidos, debiendo otorgarse al interesado un plazo de treinta días para manifestar su negativa al tratamiento, advirtiéndole de que en caso de no pronunciarse se entenderá que consiente el tratamiento de sus datos de carácter personal. El interesado debe disponer de un medio sencillo y gratuito para manifestar su negativa al tratamiento de los datos. Una vez planteada la solicitud de consentimiento no será posible realizarla nuevamente respecto de los mismos tratamientos y para las mismas finalidades en el plazo de un año a contar de la fecha de la solicitud.

Será necesario el consentimiento expreso y por escrito del interesado para proceder al tratamiento de los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Respecto a aquellos referidos a su raza, salud y vida sexual, sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una Ley o cuando el interesado lo consienta expresamente<sup>322</sup>. Corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del interesado por cualquier medio de prueba admisible en derecho<sup>323</sup>.

El tratamiento de datos sin consentimiento previo del interesado en los supuestos no exceptuados legalmente, puede suponer una infracción grave<sup>324</sup>.

---

<sup>322</sup> Puede llegar a constituir infracción de carácter grave y muy grave, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 44.3.c), 44.3.g), 44.4.c) y 44.4.g) LOPD, no respetar las obligaciones y restricciones establecidas en el artículo 7 LOPD.

<sup>323</sup> *Vid.* artículo 12.3 RLOPD.

<sup>324</sup> *Vid.* artículo 44.3.c) LOPD.

### 4.3.2.3 Principio de información

#### 4.3.2.3.1 *Derecho del interesado a recibir información sobre sus datos personales*

El interesado ostenta el derecho de consentir o no la recogida y uso de sus datos personales y conocer sobre los mismos. Es decir, el interesado podrá exigir al titular del fichero que le informe los datos que posee sobre su persona -accediendo a sus oportunos registros y asientos- y el destino que han tenido y, en su caso, requerirle para que los rectifique o los cancele<sup>325</sup>.

El derecho de información<sup>326</sup> establece que todos los interesados podrán obtener del responsable del tratamiento: (i) información sobre la existencia del fichero o tratamiento de datos, la finalidad de la recogida y los destinatarios de la información; (ii) la posibilidad de ejercer los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición -conocidos vulgarmente como derechos ARCO-; y (iii) la identidad y dirección del responsable del tratamiento o su representante.

#### 4.3.2.3.2 *Derechos ARCO*

En relación al derecho de acceso, el afectado puede recabar información de sus datos de carácter personal sometidos a tratamiento, el origen de los mismos y las cesiones o comunicaciones realizadas o que se prevean realizar. El acceso podrá consistir en la mera consulta de los ficheros por medio de la visualización, o en la indicación de los datos objeto de tratamiento por escrito. Se trata, al igual que respecto a los derechos de rectificación y cancelación, de un derecho

---

<sup>325</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000.

<sup>326</sup> *Vid.* artículo 5 LOPD.



personalísimo, exigiéndose para su ejercicio la identificación del interesado o un apoderamiento especial otorgado por este<sup>327</sup>.

Respecto a los derechos de rectificación y cancelación, el interesado puede instar al responsable del fichero a cumplir la obligación de mantener la exactitud de los datos, rectificando o cancelando sus datos de carácter personal cuando resulten incompletos o inexactos, o bien sean inadecuados o excesivos para la finalidad de la recogida o cuyo tratamiento no se ajuste a la normativa. El derecho de rectificación consiste en la potestad del interesado de exigir al responsable del fichero que cumpla con el principio de calidad de los datos cuando estos sean incorrectos. El derecho de cancelación, por su parte, es el derecho del interesado a que se excluyan del tratamiento sus datos de carácter personal, ya sea por ser estos erróneos o por no querer el interesado que estos se sometan a tratamiento. La cancelación implicará el bloqueo de los datos, identificando y reservando los mismos para impedir su tratamiento, excepto para su puesta a disposición de las Administraciones públicas, Jueces y Tribunales, o para la atención de las posibles responsabilidades nacidas del tratamiento y sólo durante el plazo de prescripción de dichas responsabilidades. Transcurrido ese plazo deberá procederse a la supresión de los datos. Si los datos a rectificar o cancelar hubieran sido cedidos previamente a un tercero, el responsable del fichero notificará al cesionario la rectificación o cancelación efectuada<sup>328</sup>.

Cuando no sea necesario prestar consentimiento para el tratamiento de los datos de carácter personal, y siempre que una Ley no disponga lo contrario, el interesado podrá oponerse a su tratamiento si existieran motivos fundados y legítimos relativos a una situación personal concreta. En tal supuesto, el

---

<sup>327</sup> *Vid.* artículo 15 LOPD.

<sup>328</sup> *Vid.* artículo 16 LOPD,

responsable del fichero debe excluir del tratamiento los datos relativos al interesado<sup>329</sup>.

Los derechos ARCO no son absolutos, por lo que el responsable del fichero o tratamiento podrá denegarlos cuando concurra causa legal para ello -e. g. cuando se haya ejercitado el derecho de acceso en los últimos doce meses y no se alegue interés legítimo o cuando exista un deber legal de conservación en el caso de la cancelación-. Del mismo modo, la existencia de una relación jurídica que legitime el tratamiento podría facultar denegar una cancelación cuando la conservación del dato resulte necesaria para el cumplimiento de las obligaciones contractuales. En caso de denegación, el responsable del fichero informará al interesado de su derecho a recabar la tutela de la AEPD o, en su caso, de las autoridades de control de la Comunidad Autónoma pertinente<sup>330</sup>.

Adicionalmente, los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados debiendo para ello ejercitar la acción pertinente ante los órganos de la jurisdicción ordinaria<sup>331</sup>. Este derecho a favor del interesado se ampara, habitualmente, en la responsabilidad extracontractual regulada en el artículo 1.902 CC, la cual resulta de aplicación en aquellos supuestos en los que no exista una relación comercial entre el perjudicado y el responsable, naciendo el derecho y la obligación de indemnizar por actos del responsable en los que no

---

<sup>329</sup> Vid. artículos 6.4 y 30.4 LOPD.

<sup>330</sup> De acuerdo con lo previsto en el artículo 44.3.e) LOPD, constituye infracción grave, el impedimento o la obstaculización del ejercicio de los derechos de acceso y oposición, así como la negativa a facilitar la información que sea solicitada por el interesado. También puede considerarse, a tenor del artículo 44.4.h) de la misma Ley, como infracción muy grave la circunstancia de no atender u obstaculizar de forma sistemática el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación u oposición.

<sup>331</sup> Vid. artículo 19 LOPD.

interviene la voluntad del perjudicado. En el supuesto en el que entre el perjudicado y el responsable sí exista una relación contractual, la obligación de indemnizar nacerá del incumplimiento de las obligaciones pactadas en el contrato entre ambas partes.

#### 4.3.2.4 Principio de calidad de los datos

Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger y someter a tratamiento cuando estos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, no pudiéndose usar para finalidades incompatibles con estas.

Adicionalmente, deberán ser exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación actual del interesado y serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados<sup>332</sup>.

#### 4.3.2.5 Principio de seguridad

El responsable del fichero y, en su caso, el encargado del tratamiento deberán guardar secreto profesional sobre los datos personales y adoptar las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los mismos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados

---

<sup>332</sup> Vid. artículos 4 LOPD y 8 RLOPD. Adicionalmente, debe tomarse en consideración que constituyen infracciones de carácter grave: (i) según el artículo 44.3.c) LOPD, «tratar datos de carácter personal o usarlos posteriormente con conculcación de los principios y garantías establecidos en el artículo 4 de la presente Ley y las disposiciones que lo desarrollan, salvo cuando sea constitutivo de infracción muy grave»; y (ii) de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 44.3.f) LOPD, «mantener datos de carácter personal inexactos o no efectuar las rectificaciones o cancelaciones de los mismos que legalmente procedan cuando resulten afectados los derechos de las personas que la presente Ley ampara».

y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural. No se deben registrar datos de carácter personal en ficheros que no reúnan las condiciones determinadas en el RLOPD<sup>333</sup>.

En aquellos supuestos en que la prestación de servicios no conlleve el tratamiento de datos de carácter personal, el contrato de servicios deberá recoger expresamente la prohibición del personal del prestador de acceder a los datos personales y la obligación de secreto respecto a los datos que hubiera podido conocer con motivo de la prestación del servicio<sup>334</sup>.

#### 4.3.2.6 Principio del deber de secreto

El responsable del fichero y quienes intervengan en cualquier fase del tratamiento de los datos de carácter personal están obligados al secreto profesional respecto de los mismos y al deber de guardarlo, obligaciones que subsistirán aun después de finalizar sus relaciones con el responsable del mismo<sup>335</sup>. La exigencia de cumplir con este deber resulta cada vez más relevante en la sociedad en que vivimos, donde el acelerado avance de la tecnología puede poner en riesgo la protección del derecho fundamental a la intimidad y la protección de datos recogidos en el artículo 18.4 CE.

---

<sup>333</sup> *Vid.* artículos 9 y 10 LOPD.

<sup>334</sup> *Vid.* artículo 83 RLOPD.

<sup>335</sup> *Vid.* artículo 10 LOPD. Adicionalmente, a este respecto, *vid.* SAN de 18 de enero de 2002.

---

## 4.4 Aspectos a regular en una relación comercial de *outsourcing*

### 4.4.1 Introducción

Tomando como referencia las definiciones y principios anteriores, en la prestación de un servicio de *outsourcing* en el que el cliente contrata al prestador la ejecución de determinadas tareas, cuando para ello el prestador necesite acceso a los datos personales gestionados por el cliente –e. g. ficheros de clientes, empleados y/o proveedores-, lo habitual será que el cliente ostente el rol de responsable del fichero y el prestador el de encargado del tratamiento, aplicando lo establecido en el artículo 12 LOPD y el artículo 20 RLOPD. Es importante distinguir los ficheros del cliente de los ficheros del prestador porque las responsabilidades serán diferentes según el rol que se tenga: sobre los ficheros del cliente, el prestador normalmente actuará como encargado del tratamiento y el cliente será responsable del fichero y sobre los ficheros del propio prestador este actuará como responsable.

Asimismo, el posible subcontratista del prestador, en el supuesto de acceder a ficheros del cliente, será subencargado del tratamiento. Se entiende por subencargado el tercero contratado por encargado que convenga en recibir, de este, datos personales exclusivamente para las actividades de tratamiento que se hayan de llevar a cabo por cuenta del responsable, de conformidad con sus instrucciones, lo establecido en el contrato marco, los términos de las cláusulas y los términos del contrato que se haya formalizado por escrito<sup>336</sup>.

Debe tenerse en cuenta que en contratos complejos de *outsourcing* que abarquen la prestación de servicios al cliente en varios países puede ser necesario reflejar en el contrato la aplicación de distintas legislaciones de protección de datos

---

<sup>336</sup> Vid. artículo 21 RLOPD.

personales dependiendo de cada supuesto de tratamiento. Sin embargo, en el presente Capítulo se partirá de la premisa que aplica la normativa española.

A efectos aclaratorios, en el presente Capítulo se usan los términos «responsable» o «responsable del fichero» para hacer alusión al cliente de los servicios de *outsourcing* y los términos «encargado» o «encargado del tratamiento» para hacer referencia al prestador. En aquel escenario en el que el prestador subcontrate servicios a una tercera empresa que acceda a los ficheros titularidad del prestador, la empresa subcontratada se denominará «subencargado» o «subencargado del tratamiento».

#### **4.4.2 Relación entre cliente y prestador**

Se parte de la premisa que el prestador sólo debiera acceder a los ficheros del cliente que realmente necesite para una correcta prestación del servicio de *outsourcing*, evitando tratar ficheros que nada tengan que ver con el servicio para el que se le ha contratado. Estos ficheros, así como las medidas de seguridad aplicables a cada uno de ellos, deberán estar debidamente recogidos en el contrato.

En el supuesto que con posterioridad a la firma del contrato se produjera una modificación en la normativa aplicable al tratamiento de datos de carácter personal, ambas partes deberán comprometerse a adoptar las nuevas exigencias que fueran impuestas por esta.

##### **4.4.2.1 Acceso a los ficheros del cliente por cuenta del prestador**

Con carácter previo a realizar una comunicación de datos personales a un tercero para el cumplimiento legítimo de fines directamente relacionados con las

funciones legítimas del cedente y cesionario, con carácter general se requiere el consentimiento previo del interesado<sup>337</sup>.

Sin embargo, no tendrá la consideración de comunicación de datos el acceso de un tercero a los datos cuando dicho acceso sea necesario para la prestación de un servicio al responsable, siempre que el tratamiento por cuenta del tercero esté regulado en un contrato escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y contenido<sup>338</sup>. Lo anterior es el supuesto típico de una relación negocial de *outsourcing*.

Respecto a la entidad que debe promover la formalización del contrato, la LOPD no establece concreción alguna. Sin embargo, puede interpretarse que debe ser el cliente, como responsable del fichero, toda vez que es el garante de los datos a los que posteriormente accede el prestador, como encargado de tratamiento. A pesar de lo anterior, lo más cauto es que si el cliente no lo propone, sea el propio prestador el que tome la iniciativa.

En el contrato se establecerá expresamente que el encargado del tratamiento únicamente tratará los datos conforme a las instrucciones del responsable del fichero, que no los aplicará o utilizará con fin distinto al que figure en dicho contrato, ni los comunicará, ni siquiera para su conservación, a otras personas. En el citado contrato se estipularán, asimismo, las medidas de seguridad que el encargado del tratamiento está obligado a implementar.

---

<sup>337</sup> Vid. artículo 11 LOPD.

<sup>338</sup> Vid. artículo 12 LOPD.

#### 4.4.2.2 Responsabilidad en materia de protección de datos de carácter personal

Uno de los aspectos más controvertidos es el relativo a la responsabilidad que debe asumir el prestador en el supuesto de un posible incumplimiento de sus obligaciones en materia de protección de datos personales.

En ocasiones, el cliente puede solicitar que dicho incumplimiento reciba un tratamiento equiparable a la vulneración de la confidencialidad -inclusive proponen incluirlo como un aspecto adicional, dentro de la cláusula que regula la confidencialidad- y que, por tanto, si esta fue excluida de cualquier límite de responsabilidad en virtud de la cláusula restrictiva de la responsabilidad que hubieran pactado las partes<sup>339</sup>, le aplique idéntico régimen. Sin embargo, es conveniente resaltar que la información confidencial y los datos personales cubren tipologías diferentes de información. A pesar que los datos personales son también confidenciales en el sentido que no pueden ser desvelados de forma descontrolada, lo cierto es que la forma en la que estos se regulan desde el punto de vista de la responsabilidad es diferente. Normalmente, la infracción de las obligaciones de confidencialidad puede suponer potenciales daños y/o pérdidas de difícil o imposible reparación para el cliente. Sin embargo, la infracción de las obligaciones relativas a la protección de datos personales suelen estar acotadas -e. g. una posible multa pecuniaria por parte de la AEPD y/o reclamaciones individuales de los titulares de los datos personales-.

Por su parte, es habitual que el prestador defienda la postura de que una posible infracción por causas que le son directa y exclusivamente imputables deberá estar sujeta a lo establecido en cláusula restrictiva de la responsabilidad acordada en el contrato que regula la relación mercantil entre ambas partes. En

---

<sup>339</sup> En el Capítulo 6 se tratan, en detalle, los aspectos esenciales de la responsabilidad civil y sus posibles limitaciones.



relación a este aspecto, lo cierto es que el cliente subcontrata determinados servicios al prestador que representan únicamente un pequeño porcentaje de su actividad global. A cambio, el prestador recibe unos honorarios que deberán ser competitivos frente al coste interno que le supondría al cliente asumir esas tareas internamente y frente a otros competidores. Por tanto, parece razonable que el prestador defienda que su responsabilidad global -incluyendo posibles infracciones en materia de protección de datos personales- sea proporcional a la contraprestación económica que este recibe, balanceando de esta forma su riesgo frente al beneficio que pudiera obtener. Adicionalmente, en ocasiones el prestador debe recordar al cliente que le solicita incluir en el contrato responsabilidad ilimitada en materia de protección de datos que no es una compañía de seguros y que, por tanto, las propuestas comerciales no las enfoca como tal, no pudiendo asumir, sin límite, los riesgos de negocio del cliente. A través de una operación de *outsourcing*, el cliente no debe pretender externalizar también los riesgos directamente asociados a su propio negocio, que los seguiría teniendo si no hubiera optado por externalizar los servicios a un tercero.

La protección de datos personales en una relación de *outsourcing* es una responsabilidad compartida entre el cliente y el prestador y exige a ambas partes, cada una en el rol que le corresponde, asumir las obligaciones que se indican en la normativa aplicable. Son numerosas las ocasiones en las que, ante una situación de vulneración de la normativa sobre protección de datos personales, la AEPD ha incoado expediente sancionador y ha analizado la responsabilidad de los distintos agentes involucrados. Si determina que existe culpa tanto del responsable del fichero -el cliente- como del prestador -encargado del tratamiento-, impone multas independientes a cada uno de ellos en función de la infracción que hubiese cada uno.

#### 4.4.2.3 Protocolos y medidas de seguridad

Independientemente de la responsabilidad que las partes se atribuyan en el contrato, lo recomendable es que se incluyan en el contrato los protocolos y medidas que el prestador deberá seguir en relación a los datos personales que trate y regular las consecuencias en el supuesto que se demuestre fehacientemente un incumplimiento de los mismos.

No existe un listado único de protocolos y medidas ni una metodología específica a implementar para el correcto cumplimiento de la normativa sobre protección de datos personales. Cada industria y cada cliente tienen su forma particular de llevarlo a cabo. Por tanto, es importante que los protocolos no se redacten de forma ambigua, sino como obligaciones específicas que vinculen tanto al cliente como al prestador y que estén basadas en la normativa aplicable -concretamente, de conformidad al Título VIII del RLOPD-, y en las prácticas generales aceptadas por la industria -e. g. accesos controlados y restringidos a los ficheros, encriptación, protecciones lógicas y físicas-.

Identificar y seguir los protocolos de actuación acordados es una medida de protección que reduce los riesgos de accesos no autorizados, así como la pérdida o fuga de datos personales, por lo que la labor de definición, documentación y seguimiento de los mismos es una tarea crítica de deberán llevar a cabo tanto el cliente como el prestador.

#### 4.4.2.4 Obligaciones de las partes

##### 4.4.2.4.1 *Obligaciones del prestador*

El prestador deberá hacer un uso leal de los ficheros conforme a las instrucciones del cliente y a la normativa de protección de datos y, en todo caso, con la debida diligencia al objeto de evitar daños o perjuicios en la imagen y buen

nombre del cliente. Asimismo, tratará los datos conforme a lo establecido en el contrato de *outsourcing* y no los utilizará para fines distintos ni a comunicarlos, ni siquiera para su conservación, a otras personas distintas del cliente.

Junto a lo anterior, deberá establecer las medidas de índole técnica y organizativas necesarias que garanticen la seguridad de los datos y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos y los riesgos a que estén expuestos, ya sea por acciones humanas o del medio físico o natural. En este sentido, adoptará las medidas de seguridad que el cliente le indique o, como mínimo, las establecidas en el RLOPD<sup>340</sup>, no registrando los datos en ficheros y locales que no reúnan las condiciones de integridad y seguridad requeridas por la normativa aplicable. Junto a lo anterior, deberá elaborar un documento de seguridad propio<sup>341</sup> que identifique el fichero titularidad del cliente al que accede, la identidad del responsable del mismo y las medidas de seguridad aplicables a su tratamiento<sup>342</sup>.

De haberse pactado expresamente, el prestador deberá permitir al cliente la realización de inspecciones en las instalaciones donde se están tratando los datos, así como el acceso a la documentación y a los equipos lógicos y físicos, al objeto de que este compruebe el cumplimiento o no de lo establecido en el contrato y en la normativa aplicable. Las partes acordarán el plazo de preaviso y las condiciones de acceso a las instalaciones del prestador así como el procedimiento de realización de las mencionadas inspecciones. En relación a lo anterior, el prestador

---

<sup>340</sup> Vid. Título VIII RLOPD.

<sup>341</sup> Vid. Artículo 88 RLOPD.

<sup>342</sup> Esta obligación únicamente aplicará cuando los servicios objeto del presente contrato se lleven a cabo por el prestador en sus propios locales.

deberá entregar al cliente, en cualquier momento durante el plazo de vigencia del contrato, el informe de auditoría referido a la protección de datos<sup>343</sup>.

El prestador deberá colaborar con el cliente y asistirle en aquello que fuera razonable y en la contestación a posibles solicitudes o trámites que fueran precisos ante las autoridades administrativas o judiciales competentes en materia de protección de datos y, de forma concreta, ante la AEPD.

El prestador tendrá la obligación de guardar el secreto profesional respecto de los datos objeto de tratamiento. Esta obligación se extenderá a cualquier persona que, por cuenta del prestador, intervenga en cualquier fase del tratamiento de los datos y subsistirá aun después de finalizar las relaciones entre el cliente y prestador, así como entre este último y su personal.

En el supuesto que reciba alguna solicitud por el interesado de un acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales almacenados en los ficheros del cliente, deberá comunicarlo al cliente, en el plazo que se acuerde.

Una vez cumplida la prestación contractual, el prestador deberá destruir o devolver al cliente cualquier soporte o documento que contenga datos de carácter personal objeto de tratamiento, sin conservar copia alguna del mismo. Alternativamente, podrá conservar, debidamente bloqueados y sólo durante el tiempo legal necesario, aquellos datos de los que pudieran derivarse responsabilidades de la relación comercial mantenida por ambas partes<sup>344</sup>. En cualquier caso, ninguna persona física o jurídica podrá acceder a los datos que conserve el prestador una vez finalizada la relación contractual.

---

<sup>343</sup> Vid. artículos 96 y 110 RLOPD.

<sup>344</sup> Todo ello conforme a lo establecido en los artículos 12.3 LOPD y 22 RLOPD.

#### 4.4.2.4.2 *Obligaciones del cliente*

El cliente, por su parte, deberá facilitar el acceso del prestador a los datos de carácter personal contenidos en los ficheros y que sean necesarios para la correcta prestación del servicio de *outsourcing*.

Junto a lo anterior, será responsable de la inscripción de los ficheros que contengan datos de carácter personal en el RGPD y de la procedencia lícita de los datos personales contenidos en sus ficheros, garantizando que estos se han obtenido cumpliendo con los requisitos establecidos en la LOPD. En el supuesto de que los datos contenidos en el fichero procedan directamente de los interesados, el cliente deberá haber obtenido el consentimiento informado de estos para la cesión de datos que es objeto del contrato de *outsourcing*, salvo que resulte de aplicación lo establecido por el artículo 12 LOPD.

Al igual que el prestador, el cliente deberá adoptar las medidas de índole técnicas y organizativas necesarias para garantizar la seguridad de los datos y evitar su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos y los riesgos a que estén expuestos, ya sea por acciones humanas o del medio físico o natural. Asimismo, deberá indicar al prestador el nivel de seguridad aplicable -básico, medio o alto- a cada uno de los ficheros a los que este acceda en función de los datos en ellos contenidos.

En el supuesto que reciba alguna solicitud por el interesado de un acceso, rectificación, cancelación u oposición al tratamiento de sus datos personales almacenados en los ficheros del cliente, deberá comunicarlo al prestador, en el plazo que se acuerde.

#### 4.4.2.5 Procedimiento de disociación de los datos de carácter personal

En ocasiones, cuando para la prestación de un servicio de *outsourcing* no es necesario el tratamiento de datos de carácter personal del cliente, las partes pueden optar por disociar datos para evitar así que el prestador realice tratamiento alguno de datos personales del cliente. El procedimiento de disociación se conceptualiza como «todo tratamiento de datos personales de modo que la información que se obtenga no pueda asociarse a persona identificada o identificable»<sup>345</sup>. Para J. APARICIO<sup>346</sup>, se trata, por tanto, de una situación concreta en la que se encuentran los datos para imposibilitar que pueda identificarse a la persona a la que dichos datos concierne.

Aunque parezca que si no es posible identificar a la persona a quien se refiere la información por estar sus datos disociados estos dejan de ser personales, lo cierto es que sí lo son. El procedimiento de disociación es una forma de organización de datos personales en la que el responsable del fichero los organiza de tal forma que cualquiera que acceda a ellos pueda conocer la información, pero disociada, sin que pueda asociarla a una persona. Y, para cumplir con este objetivo, el responsable del fichero deberá ser extremadamente riguroso en el procedimiento de disociación. Por tanto, la disociación no es una característica permanente del dato de carácter personal, sino una situación en la que se encuentran los datos después de someterlos a un tratamiento concreto.

El artículo 11.6 LOPD establece una regla para evitar recabar el consentimiento del interesado si se pretenden comunicar a un tercero sus datos disociados: que la comunicación se efectúe previo procedimiento de disociación, haciendo imposible que el destinatario pueda asociar los datos a la identidad del

---

<sup>345</sup> Vid. artículo 3.f LOPD.

<sup>346</sup> APARICIO SALOM, J., *op. cit.*, pp. 53-57.

interesado. Sin embargo, no se establece ninguna excepción al deber de obtener el consentimiento para el tratamiento de los datos disociados, sino que los que se disocian –que, recuérdese, siguen siendo considerados datos de carácter personal para el responsable que los comunica- podrán ser utilizados sin el consentimiento del interesado en el supuesto previsto en el artículo 11.6 LOPD. La exigencia del consentimiento sigue siendo la regla general para los tratamientos que realice el responsable cedente respecto de los datos del interesado.

#### **4.4.3 Subcontratación de servicios con acceso a datos personales del cliente**

Antes de la entrada en vigor del RLOPD no se contemplaba la posibilidad del encargado del tratamiento dar acceso a los ficheros del cliente si subcontrataba un servicio, por lo que cualquier transmisión de datos a un tercero que la hiciera propiamente el responsable del fichero era considerado una cesión<sup>347</sup>. Como puede imaginarse, esta rigidez ha supuesto importantes dificultades para la intervención de terceros distintos del encargado del tratamiento en la prestación de servicios de *outsourcing*. Sin embargo, el RLOPD vino a flexibilizar las opciones para la subcontratación de servicios por el prestador siempre que se cumplan los siguientes requisitos: (i) que se especifiquen en el contrato los servicios que serán objeto de contratación y, si fuera posible, la empresa que el prestador subcontratará. Cuando no se identificase en el contrato dicha empresa, será preciso que el prestador se la comunique al cliente -responsable del fichero- antes de proceder a la subcontratación; (ii) que el tratamiento por parte del subcontratista se ajuste a las instrucciones del responsable del fichero; y (iii) que el prestador y la empresa subcontratista formalicen un contrato en los términos previstos en el

---

<sup>347</sup> Vid. artículo 12.2 LOPD.

artículo 20 RLOPD, adquiriendo el subcontratista el rol de subencargado del tratamiento<sup>348</sup>.

Durante la tramitación del RLOPD, el requisito de identificar a las empresas subcontratistas con carácter previo a la formalización del contrato con ellas supuso una intensa polémica por su incidencia sobre la libre competencia en el mercado. Por ello, este fue uno de los motivos de impugnación del RLOPD ante el TS, el cual fue desestimado por este órgano alegando lo siguiente: «la norma responde al concepto que de responsable del fichero o tratamiento ofrece el artículo 3.d) LOPD. Si conforme a dicho artículo el responsable del fichero o tratamiento es la persona física o jurídica, de naturaleza pública o privada, u organismo administrativo, que decide sobre la finalidad, contenido y uso del tratamiento, es del todo lógico y está implícito en la norma legal de mención que el encargado del tratamiento comunique al responsable la necesidad de subcontratar y con quién pretende hacerlo, máxime cuando el responsable del tratamiento debe velar, como expresa el artículo 20.2 RLOPD, precepto no impugnado, para que el encargado del tratamiento reúna las garantías para el cumplimiento de lo en él dispuesto. Dicho lo anterior es obligado indicar, contrariamente a lo que sostiene el Abogado del Estado, que aunque el artículo 21 RLOPD no contiene una previsión específica sobre la facultad del responsable del tratamiento en orden a la comunicación de subcontratación, es claro que esa comunicación del encargado del tratamiento constituye en realidad una propuesta que puede ser rechazada por aquel, bien por entender improcedente la subcontratación, bien por considerar inidónea la empresa con la que se pretende subcontratar. Así se infiere de la capacidad de decisión del responsable del tratamiento y de la responsabilidad que le corresponde. Si el responsable del tratamiento, de conformidad con el artículo 17.2 de la Directiva 95/46/CE, debe elegir un encargado del tratamiento que ofrezca garantías suficientes en relación con las medidas de seguridad técnica y de organización de los tratamientos que

---

<sup>348</sup> *Vid.* artículo 21 RLOPD.



deben efectuarse, y asegurarse que se cumplen dichas medidas, y si de conformidad con el apartado 3 del indicado artículo el encargado del tratamiento sólo actúa siguiendo instrucciones del responsable del tratamiento, negar capacidad de disposición a este en supuestos de subcontratación es una conclusión reñida con los más elementales criterios de la lógica. La posibilidad, mera probabilidad, de que el responsable del tratamiento pueda controlar el mercado de servicios de tratamiento, bien mediante el veto de una o varias empresas, bien mediante la manifestación de preferencia por alguna o algunas, por constituir una mera hipótesis, necesariamente debe ceder ante una previsión reglamentaria específica pero con cobertura, conforme resulta de la Directiva 95/46/CE y de la LOPD. Otra cosa es que ya en el terreno de la realidad deban corregirse por quien corresponda prácticas restrictivas de la competencia»<sup>349</sup>.

La aplicación del requisito de la identificación previa del servicio que se subcontratará y la identificación de las empresas subcontratistas a una relación comercial de *outsourcing* resulta, cuando menos, de difícil aplicación. Como es sabido, habitualmente el prestador utiliza varios subcontratistas y, adicionalmente, debe tener la posibilidad a través de trámites sencillos de sustituir y/o incorporar nuevos subcontratistas durante la vigencia del servicio. Si el cliente tuviera, con carácter previo o durante la vigencia del contrato, la potestad de cuestionar al prestador la necesidad de un determinado subcontratista o incluso rechazar su contratación, ello pudiera ocasionar serias dificultades al prestador para cumplir con las obligaciones adquiridas con el cliente.

J. RUBÍ<sup>350</sup>, al reflexionar sobre las opciones que permitirían alcanzar el nivel de garantías previstas para la subcontratación, plantea las siguientes alternativas. Por un lado, la identificación de las empresas subcontratadas podría realizarse de

---

<sup>349</sup> STS de 15 de julio de 2010.

<sup>350</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 104-107.

forma específica o estableciendo en el contrato entre el cliente y el prestador un perfil de actividades que podrían ser objeto de subcontratación y de los niveles de calidad que serían exigibles a cualquiera que intervenga en el proceso de prestación de servicios. Adicionalmente, el prestador podría facilitar al responsable del fichero una relación permanentemente actualizada de las entidades subcontratadas, de forma que pudiera ejercer el deber de diligencia que exige el RLOPD y decidir si mantiene o rescinde el contrato de prestación de servicios. A ello puede añadirse la obligación del prestador de comunicar de forma inmediata las incidencias que, en materia de seguridad, afecten a los datos cuyo tratamiento se le encargó y la de atender solicitudes de información que realice el responsable del fichero.

La alternativa que plantea J. RUBÍ es la de adaptar la fórmula de las BCR<sup>351</sup> a un entorno desvinculado del grupo corporativo multinacional en el que el encargado del tratamiento -prestador de los servicios-, establece con carácter jurídicamente vinculante un marco de garantías y responsabilidades que deberá ser cumplido por él mismo y por cualquier entidad subcontratada que intervenga en la prestación del servicio. También pueden ser de utilidad las garantías recogidas en las cláusulas contractuales tipo para la transferencia de datos personales a los encargados del tratamiento establecidos en terceros países, de conformidad con la Directiva 95/46/CE<sup>352</sup>. Las citadas cláusulas deberían adaptarse, al menos, a dos circunstancias: que puedan aplicarse a las relaciones entre un encargado del tratamiento y el subencargado que participe en la prestación del servicio y que el subencargado pueda desarrollar su actividad tanto desde un Estado miembro de la UE como desde un país fuera de este.

---

<sup>351</sup> El artículo 70.4 RLOPD establece el régimen jurídico aplicable a las BCR en el seno de una empresa multinacional.

<sup>352</sup> Decisión 2010/87/UE.

Como se ha indicado anteriormente para la relación entre el cliente y el prestador, una vez cumplida la prestación contractual por parte del subcontratista, este deberá destruir o devolver los datos personales al responsable del tratamiento, al igual que cualquier soporte o documentos en que conste algún dato personal que hubiera sido objeto del tratamiento, salvo en el supuesto en el que exista una previsión legal que le exija su conservación, en cuyo caso deberá proceder a la devolución de los mismos garantizando el responsable del fichero dicha conservación. El artículo 20.3 RLOPD contempla una tercera posibilidad, distinta de que los datos sean destruidos o devueltos al responsable, que es que los datos sean transmitidos a un nuevo proveedor de servicios seleccionado por el cliente. El literal del mencionado precepto establece que «[...] el encargado del tratamiento no incurrirá en responsabilidad cuando, previa indicación expresa del responsable, comunique los datos a un tercero designado por aquel, al que hubiera encomendado la prestación de un servicio conforme a lo previsto en el presente capítulo». Por tanto, en el contrato de *outsourcing* podría estipularse la opción para que el responsable del fichero, al término del contrato por cualquier causa, tenga la opción de contratar con un nuevo prestador los servicios objeto del contrato que se resuelve con la garantía de que los datos personales serán trasladados por el prestador saliente al nuevo prestador.

En un servicio de *outsourcing* es muy habitual que la empresa que formaliza el contrato con el cliente pretenda usar para la prestación del servicio a alguna de sus filiales a nivel mundial. Si ese fuera el caso, será necesario tomar en consideración las exigencias de diligencia que se mencionan en el artículo 21.2 RLOPD. La existencia de un grupo, situación en la que se encuentran las sociedades cuando una de ellas posee en su patrimonio acciones de otra por encima de un mínimo, sólo se contempla en el Derecho mercantil para determinar ciertos controles jurídicos en el funcionamiento de dichas entidades, lo que no impide que cada una de las entidades integradas en el mismo grupo mantenga diferenciada y plena su personalidad jurídica. Así, el hecho de que dos empresas

pertenezcan a un mismo grupo corporativo no excluye, para entidades jurídicamente independientes, la exigencia de un deber de diligencia adecuado para garantizar la protección de los datos personales por ellas. No debe olvidarse, igualmente, que existe la posibilidad que en cualquier momento las filiales puedan dejar de pertenecer al grupo empresarial del prestador. Por tanto, la comunicación de datos entre empresas de un mismo grupo empresarial se produciría entre dos personas jurídicas distintas, sin que exista previsión legal alguna que flexibilice los requisitos para la cesión legítima en estos supuestos, aplicando *stricto sensu* las limitaciones y garantías que establece la normativa sobre protección de datos con carácter general.

---

## **4.5 Transferencia internacional de datos de carácter personal**

### **4.5.1 Introducción**

El uso cada vez más extendido de la tecnología en las empresas y el imparable proceso de globalización actual ha tenido como consecuencia que la transferencia de datos personales entre los distintos Estados sea cada vez más habitual. Hoy día, las economías modernas necesitan poder transmitir datos personales al exterior. Los datos de carácter personal constituyen bienes que se integran dentro del comercio, por lo que las libertades de circulación de bienes, personales y servicios que se establecen en el ámbito de la UE aplican también a los datos de carácter personal al ser considerados estos bienes objeto del comercio. La transmisión de datos de carácter personal fuera del EEE, sin embargo, cuenta con más restricciones. Estas pueden suponer inevitablemente la asfixia de muchos sectores económicos que, al no poder desarrollarse en el interior de la UE, buscarán otras ubicaciones más favorables fuera de ella, lo que además tendría como efecto directo un decremento de la riqueza y el empleo en la eurozona.

La regla general establecida en la normativa sobre protección de datos es la de prohibir la exportación de datos salvo que se compruebe previamente que el destino de los datos ofrece un nivel de protección similar al existente en la UE. Las operaciones de transferencia internacional de datos personales suponen un riesgo mayor cuando los datos son transferidos desde el territorio europeo a terceros Estados que no gozan de un nivel de protección equiparable. Es crucial asegurar que estas operaciones se siguen llevando a cabo pero, junto a ello, deberá controlarse que sobre los ficheros se adoptan las medidas de seguridad necesarias para garantizar su protección.

La Directiva 95/46/CE estableció unos altos estándares de protección de la intimidad en relación con la transferencia internacional de datos prohibiendo, con carácter general, cualquier transferencia de datos personales fuera del EEE a un tercer país que no goce con un nivel de protección equiparable. En la práctica, esta fuerte restricción provocó numerosas críticas, sobre todo en el seno de grupos multinacionales, al entender que se trataba de una barrera regulatoria que les impedía operar bajo unos estándares homogéneos en aquellas jurisdicciones donde estaban operando.

De acuerdo con la LOPD, el órgano competente para declarar la existencia de un nivel de protección equiparable respecto al país de destino es la AEPD. Según lo establecido por el artículo 33 LOPD, la AEPD atenderá «a todas las circunstancias que concurran en la transferencia o categoría de transferencia de datos. En particular, se tomará en consideración la naturaleza de los datos, la finalidad y la duración del tratamiento o de los tratamientos previstos, el país de origen y el país de destino final, las normas de derecho, generales o sectoriales, vigentes en el país tercero de que se trate, el contenido de los informes de la Comisión de la UE, así como las normas profesionales y las medidas de seguridad en vigor en dichos países». Desde que entró en vigor la LOPD en 1999, la AEPD no ha realizado las evaluaciones globales respecto al nivel de equiparable

protección de un país tercero a que se refiere el citado artículo 33 LOPD, remitiéndose en todo ello a las evaluaciones que ha realizado la Comisión Europea. Las decisiones de la Comisión en este sentido obligan a los Estados miembros, los cuales quedan asimismo obligados a impedir aquellas transferencias respecto a las cuales la Comisión considere que no garantizan un nivel de protección adecuado.

#### **4.5.2 Concepto de transferencia internacional de datos, exportador e importador**

Las comunicaciones de datos entre Estados en el ámbito delEEE constituyen cesiones de datos a efectos de la aplicación de la LOPD. Se considera una transferencia internacional cualquier tratamiento de datos fuera del territorio delEEE, bien derivado de una cesión o comunicación de datos, bien cuando tenga por objeto la realización de un tratamiento de datos por cuenta del responsable del fichero establecido en territorio español<sup>353</sup>.

En estos supuestos, se distinguen dos nuevas figuras, debiendo cumplir cada una de ellas con las obligaciones contenidas en la normativa aplicable: exportador e importador de datos. El exportador es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo situado en territorio español que realiza una transferencia de datos de carácter personal a un país tercero<sup>354</sup>. El importador, por su parte, es la persona física o jurídica, pública o privada, u órgano administrativo receptor de los datos, en caso de transferencia internacional de los mismos a un tercer país situado fuera delEEE, ya sea responsable del tratamiento, encargado del tratamiento o tercero<sup>355</sup>.

---

<sup>353</sup> *Vid.* artículo 5.1.s. RLOPD.

<sup>354</sup> *Vid.* artículo 5.1.j. RLOPD.

<sup>355</sup> *Vid.* artículo 5.1.ñ. RLOPD.

El legislador nacional utiliza los términos «exportador» e «importador» para referirse a las partes que transmiten datos en el contexto de una transferencia desde un Estado del EEE a un tercer Estado situado fuera de este. Cuando la transmisión de datos personales se produce entre Estados situados en el EEE, el legislador utiliza los términos «responsable» -el que transmite- y «encargado» -el que recibe-. Siguiendo esta distinción, en el presente trabajo se utilizarán los términos «exportador» e «importador» en los supuestos de transmisiones internacionales de datos a Estados fuera del EEE.

Por tanto, en una transferencia internacional existen tres relaciones jurídicas diferenciadas: (i) entre el exportador y la persona física titular de los datos personales o interesado; (ii) entre el exportador y el importador de datos; y (iii) entre el importador y el interesado.

La LOPD distingue dos supuestos en función de que el importador de los datos sea un responsable o un encargado de su tratamiento. Por un lado, cuando los datos se dirigen a otro responsable establecido fuera del EEE -e. g. cuando una sociedad española transmite a su filial en India determinados datos personales para que esta última pueda llevar a cabo determinados servicios- se está ante una cesión de datos. Por otro lado, en el supuesto en el que los datos se dirijan a un encargado del tratamiento -e. g. en un relación comercial entre el cliente en España y prestador de servicios en Filipinas- se está ante un acceso a datos. Este segundo supuesto sería en el que resultaría de aplicación en una relación de *outsourcing*.

Para la prestación de servicios de *outsourcing*, sobre todo en la modalidad *off-shore*, es habitual que se instrumente una cesión de ficheros del cliente entre prestadores establecidos en Estados fuera del EEE. Estas actuaciones han conocido un desarrollo notable en los últimos años debido a la difusión del mencionado *off-shore* así como de la subcontratación internacional de servicios que incluyen tratamiento de datos del cliente por parte del prestador y sus

subcontratistas fuera del EEE. Tanto el cliente como prestador deben tomar en consideración la legislación que aplica a dicha transferencia de datos y si pudiera afectar al servicio en cuestión. En este sentido, las partes deben analizar si la normativa sobre protección de datos personales en el país de destino conlleva riesgos o beneficios adicionales a los existentes en el país de origen. Y, adicionalmente, analizar la necesidad o no de llevar a cabo los trámites para una o varias transferencias internacionales. Con carácter general, el encargado del tratamiento no puede promover en nombre propio transmisiones de datos del responsable fuera del EEE<sup>356</sup>, salvo por las posibilidades de subcontratación reconocidas en el RLOPD, solo cuando es objeto del contrato suscrito entre cliente y prestador.

Para que la transferencia internacional de datos pueda considerarse conforme a lo dispuesto en la normativa sobre protección de datos, será necesaria la autorización previa del Director de la AEPD, salvo que los datos se transfieran a un país que ofrezca un nivel adecuado de protección o que se trate de supuestos legalmente exentos de la citada autorización<sup>357</sup>. La LOPD diferencia, de esta forma, los casos en los que la transferencia internacional tiene como país de destino uno que proporcione un nivel de protección adecuado, de aquellos en los que no ocurra así.

#### **4.5.3 Países con un nivel de protección adecuado**

Que un país sea catalogado con nivel adecuado de protección no es un procedimiento sencillo. La Comisión Europea exige que los países que deseen

---

<sup>356</sup> Informe Jurídico 427/2004 de la AEPD sobre ámbito territorial de la Ley y organismos internacionales.

<sup>357</sup> *Vid.* artículos 34 LOPD y 66.2 RLOPD. No es habitual que en la prestación de un servicio de *outsourcing* resulten de aplicación alguno de los supuesto legalmente excepcionados de la autorización del Director de la AEPD, resultando necesario, por ende, tramitar la mencionada autorización.



optar a ello expidan regulaciones apropiadas y efectúen cambios institucionales. El trámite puede demorarse más de dos años, aunque no cabe duda del beneficio que supone su obtención para cualquier Estado por la enorme rentabilidad económica que le puede representar.

Se consideran países que proporcionan un nivel de protección adecuado, los estados miembros de la UE, Islandia, Liechtenstein, Noruega o un Estado respecto del cual la Comisión Europea haya declarado que garantiza un nivel de protección adecuado. Hasta la fecha, la Comisión ha declarado los siguientes Estados con un nivel de protección adecuado: Suiza<sup>358</sup>, Canadá<sup>359</sup>, Argentina<sup>360</sup>, Guernsey<sup>361</sup>, Isla de Man<sup>362</sup>, Jersey<sup>363</sup>, Islas Feroe<sup>364</sup>, Andorra<sup>365</sup>, Israel<sup>366</sup>, Uruguay<sup>367</sup> y Nueva Zelanda<sup>368</sup>.

Adicionalmente, para incentivar un tráfico de datos personales fluido con Estados Unidos, se consideran con un nivel equiparable de protección las entidades estadounidenses adheridas a los principios de Puerto Seguro o *safe*

---

<sup>358</sup> Decisión 2000/518/CE.

<sup>359</sup> Decisión 2002/2/CE.

<sup>360</sup> Decisión 2003/490/CE.

<sup>361</sup> Decisión 2003/821/CE.

<sup>362</sup> Decisión 2004/411/CE.

<sup>363</sup> Decisión 2008/393/CE.

<sup>364</sup> Decisión 2010/146/UE.

<sup>365</sup> Decisión 2010/625/UE.

<sup>366</sup> Decisión 2011/61/UE.

<sup>367</sup> Decisión 2012/484/UE.

<sup>368</sup> Decisión 2013/65/UE.

*harbor*<sup>369</sup>. Adicionalmente, si el prestador de servicios radicado en Estados Unidos quisiera transferir los datos personales a un tercer país deberá aportar garantías por escrito para ofrecer, como mínimo, el mismo nivel de protección que se haya requerido.

Aquellas transferencias internacionales que tengan por destino un país con un nivel de protección adecuado podrán llevarse a cabo sin necesidad de autorización alguna por parte del Director de la AEPD.

#### **4.5.4 Países con un nivel de protección inadecuado**

Como puede observarse, algunos países considerados como las nuevas potencias emergentes, tales como China, India, Brasil o Rusia, carecen de un nivel de protección adecuado.

En aquellos supuestos en los que sea necesaria la autorización del Director de la AEPD al no gozar el país destino de los datos de una protección adecuada, la misma podrá ser otorgada en caso de que el exportador aporte las garantías de respeto a la protección de la vida privada de los interesados y a sus derechos y libertades fundamentales y se garantice el ejercicio de sus respectivos derechos.

#### **4.5.5 Procedimiento previo a una transferencia internacional de datos personales**

El procedimiento para obtener la autorización previa a una transferencia internacional de datos a países con un nivel de protección no adecuado se regula en los artículos 137 a 140 RLOPD.

---

<sup>369</sup> Decisión 2000/520/CE. La lista de entidades estadounidenses adheridas a los principios de Puerto Seguro está disponible en la URL: <<http://www.export.gov/safeharbor>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

El mismo se iniciará siempre a solicitud del exportador que pretenda llevar a cabo la transferencia. En este sentido, el RLOPD especifica un aspecto en el que la LOPD no entraba: el artículo 33.1 LOPD únicamente exige que se obtenga autorización previa del Director de la AEPD, pero sin especificar la entidad obligada a efectuar la solicitud.

En su solicitud, además de otros requisitos legalmente exigidos, el exportador deberá, en todo caso: (i) identificar el fichero o ficheros a cuyos datos se refiera la transferencia internacional, con indicación de su denominación y código de inscripción del fichero en el RGPD; (ii) indicar la transferencia respecto de la que se solicita la autorización, con indicación de la finalidad que la justifica; (iii) aportar la documentación que incorpore las garantías exigibles para la obtención de la autorización así como el cumplimiento de los requisitos legales necesarios para la realización de la transferencia.

En relación a la documentación a aportar, cuando la autorización se fundamente en la existencia de un contrato entre el exportador y el importador de los datos, deberá remitirse a la AEPD copia del mismo, junto al poder notarial de los firmantes. Tal y como se analiza más adelante, se considerará que establecen las adecuadas garantías los contratos que se celebren de acuerdo con lo previsto en las Decisiones de la Comisión Europea que den cumplimiento a lo establecido en el artículo 26.4 de la Directiva 95/46/CE<sup>370</sup>. Si, alternatively, la autorización quiere ampararse en la existencia de BCR en el seno del grupo empresarial<sup>371</sup>, figura que se revisa en detalle en el presente Capítulo, deberá remitirse: (i) copia de las BCR; (ii) documentación que acredite su carácter vinculante y su eficacia dentro del grupo empresarial; (iii) documentación que acredite la posibilidad de que los interesados o la AEPD puedan exigir la responsabilidad que corresponda en caso de causar un

---

<sup>370</sup> Vid. artículo 70.2 RLOPD.

<sup>371</sup> Vid. artículos 71 a 78 RLOPD.

perjuicio a los interesados o si se vulnerasen las normas de protección de datos por el importador.

Desde que se remite la solicitud, la AEPD dispone de un plazo máximo de tres meses para dictar y notificar resolución. Si en dicho plazo no se hubiese dictado y notificado resolución expresa, aplicará silencio administrativo positivo<sup>372</sup>, entendiéndose autorizada la transferencia internacional de datos<sup>373</sup>.

Cuando el Director de la AEPD resuelva autorizar la transferencia internacional de datos, se dará traslado de la resolución de autorización al RGPD, a fin de proceder a su inscripción. El RGPD, a su vez, trasladará la resolución de autorización al Ministerio de Justicia, al efecto de que se proceda a su notificación a la Comisión Europea y a los demás Estados miembros de la UE siguiendo lo establecido por el artículo 26.3 de la Directiva 95/46/CE.

En el supuesto de que otro Estado miembro o la Comisión expresaren su oposición y la justificaren debidamente por motivos derivados de la protección de la vida privada y de los derechos y libertades fundamentales de las personas, la Comisión adoptará las medidas adecuadas según el procedimiento del artículo 31.2 de la Directiva 95/46/CE.

La burocracia descrita para cada transferencia internacional ha sido siempre criticada, al considerar que supone un obstáculo importante para las relaciones comerciales.

---

<sup>372</sup> Vid. artículo 43.3.a) LRJAP.

<sup>373</sup> Vid. artículo 140 RLOPD.

## 4.5.6 Cláusulas contractuales tipo

### 4.5.6.1 Exportador como responsable del fichero

A los efectos de lo dispuesto en el artículo 33 LOPD, se considerarán que reúnen las garantías adecuadas los contratos celebrados entre exportador e importador en los términos previstos en las Decisiones de la Comisión de las Comunidades Europeas 2001/497/CE, 2004/915/CE y 2010/87/UE. Las mencionadas Decisiones tienen como finalidad, entre otras, exigir a los Estados miembros que no se nieguen a reconocer que las cláusulas contractuales tipo establecidas en ellas proporcionan las garantías adecuadas, sin que ello afecte a cláusulas contractuales de otra índole que exportador e importador pudieran acordar.

Siguiendo a D. SANCHO<sup>374</sup>, las cláusulas contractuales tipo persiguen cuatro finalidades: facilitar, suplir, flexibilizar y aportar garantía. Efectivamente, las cláusulas contractuales tipo facilitan el tráfico internacional de datos, superando diferentes niveles estatales de protección en los países donde se encuentran importador y exportador y reduciendo los costes destinados a asesoramiento, redacción y negociación de contratos referidos a la protección de datos personales. Asimismo, cumplen con una función supletoria en ausencia de estándares de protección por las legislaciones nacionales del importador y exportador. Adicionalmente, permiten dotar de flexibilidad las relaciones entre importador y exportador, sirviendo de instrumento que permite a estos adaptarlo a sus necesidades concretas. Por último, garantizan los derechos de los interesados y permiten al exportador e importador conocer sus derechos y obligaciones, plasmados en el contrato.

---

<sup>374</sup> SANCHO VILLA, D. *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, edición 1ª, editorial Cívitas, Madrid, 2010, pp. 125-126.

Las cláusulas contractuales tipo deben estipular, entre otros aspectos, las medidas de seguridad técnicas y organizativas necesarias que han de aplicar los importadores para garantizar el nivel de seguridad apropiado tomando en consideración los riesgos que entraña el tratamiento y la naturaleza de los datos que han de protegerse. Las partes estipularán en el contrato aquellas medidas de seguridad técnicas y organizativas que, una vez analizada la legislación sobre protección de datos aplicable, el estado de la técnica y el coste de su aplicación, resulten necesarias para proteger los datos personales contra su destrucción o pérdida accidental, alteración, divulgación, acceso no autorizados o cualquier otra forma ilícita de tratamiento.

Es importante resaltar que las cláusulas contractuales tipo sólo se refieren a la protección de datos, por lo que el exportador y el importador tienen plena libertad para incluir cualquier otra cláusula sobre cuestiones relacionadas con sus negocios que consideren pertinente para el contrato, siempre que ello no contradiga las cláusulas contractuales tipo.

En el supuesto que la mencionada autorización para una transferencia internacional fuera otorgada por la AEPD, el importador tratará los datos personales transferidos únicamente en nombre del exportador y de conformidad con las instrucciones que reciba y las obligaciones impuestas en el contrato formalizado por ambas partes. En particular, el importador no revelará los datos personales a terceros sin el consentimiento por escrito previo del exportador.

#### 4.5.6.2 Exportador como encargado del tratamiento

Sin embargo, tal y como descubren A. ORTEGA y A. MARZO<sup>375</sup> -siguiendo lo establecido por la Resolución de la AEPD en el marco del Expediente TI/00126/2012, la Directiva 95/46/CE y las Decisiones adoptadas por la Comisión Europea-, el legislador comunitario partió de la configuración del exportador de datos como responsable del tratamiento y, por ende, no existe un modelo de cláusulas contractuales adoptado a nivel de la UE en que el exportador tenga la condición de encargado del tratamiento.

Lo anterior no obvia para que una autoridad nacional pueda autorizar transferencias internacionales entre encargado y subencargado -léase prestador del servicio de *outsourcing* y subcontratista del mismo- si las cláusulas contractuales que el exportador remite en la solicitud de transferencia internacional cumplen con las garantías exigidas por el artículo 33 LOPD.

La propia Decisión 2010/87/UE contiene la posibilidad que los Estados miembros puedan autorizar transferencias internacionales de datos por parte de encargados, tomando como referencia el modelo de cláusulas incluido en el Anexo de la mencionada Decisión: «la presente Decisión solo se aplica a la subcontratación por un encargado del tratamiento establecido en un tercer país de sus servicios de tratamiento a un subencargado establecido en un tercer país, por lo que no se aplicará a la situación en la que un encargado del tratamiento establecido en la UE y que realice el tratamiento de datos personales en nombre de un responsable del tratamiento establecido en la UE subcontrate sus operaciones de tratamiento a un subencargado del tratamiento establecido en un tercer país. En tales situaciones, los Estados miembros son libres de tener en cuenta el hecho de

---

<sup>375</sup> ORTEGA GIMÉNEZ, A. y MARZO PORTERA, A. *Empresa y transferencia internacional de datos personales*, edición 1ª, ICEX, Madrid, 2013, pp. 41-42.

que los principios y las garantías de las cláusulas contractuales tipo establecidas en la presente Decisión se hayan utilizado para subcontratar a un subencargado establecido en un tercer país con la intención de prestar la adecuada protección de los derechos de aquellos interesados cuyos datos personales se estén transfiriendo para operaciones de subtratamiento»<sup>376</sup>.

El Informe 582/2004 de la AEPD<sup>377</sup> reflejó la postura que esta venía manteniendo en los supuestos de subcontratación de un encargado establecido en España a un subencargado radicado en un tercer país que no ofrecía un nivel adecuado de protección. En el mismo, la AEPD señaló que «la transferencia amparada en las cláusulas contenidas en la Decisión 2002/16/CE únicamente es posible en caso de que el contrato sea celebrado entre el responsable del tratamiento y el encargado ubicado en el tercer estado que no ofrezca un nivel adecuado de protección, de modo que no será posible en ningún caso que el mismo sea suscrito por dos encargados del tratamiento, ya que el encargado exportador no podría asumir las obligaciones estipuladas en el contrato sin convertirse en responsable, lo que implicaría la existencia de una previa cesión de datos al mismo, que habría de resultar conforme a lo dispuesto en el artículo 11 LOPD y desnaturalizaría la posición del propio encargado». Así, para que la transferencia se considerara conforme a lo dispuesto en la LOPD era necesario que, en las cláusulas contractuales que se firmasen, el responsable del tratamiento tuviera la condición de exportador a los efectos previstos en la Decisión 2002/16/CE.

Sin embargo, con posterioridad la AEPD modificó su postura respecto de las cláusulas contractuales tipo y, en el año 2012, elaboró un nuevo conjunto de

---

<sup>376</sup> *Vid.* Considerando 23 de la Decisión 2010/87/UE.

<sup>377</sup> Informe 582/2004 de la AEPD sobre subcontratación de un encargado del tratamiento en tercer país que no ofrece nivel adecuado de protección. Necesidad de intervención del responsable.



cláusulas aplicables a contratos de subcontratación de servicios entre encargados establecidos en España y subencargados radicados en terceros países; esto es, a transferencias internacionales de datos de encargados a subencargados del tratamiento<sup>378</sup>. De esta forma, se proporcionó mayor flexibilidad a los prestadores de servicio establecidos en España para la subcontratación con entidades establecidas fuera del ámbito del EEE.

En la actualidad, las solicitudes de transferencia internacional de datos de encargado -prestador de servicios-, a subencargado -subcontratista del prestador- que aporten un contrato entre ambos con las cláusulas elaboradas por la AEPD, junto con el contrato marco entre el responsable -cliente- y el prestador donde se autorice la subcontratación, se considerarán que ofrecen las garantías adecuadas para la protección del derecho fundamental a la protección de datos.

#### **4.5.7 Obligaciones del exportador e importador de datos**

Para llevar a cabo una transferencia internacional a un país que carezca de un nivel equiparable de protección es necesario garantizar a los interesados el cumplimiento de los principios aplicables en la UE a la protección de datos personales comentados previamente y los controles necesarios para que los interesados puedan hacer uso de los derechos que les otorga la normativa vigente en la UE frente al importador y al exportador. Con el fin de facilitar lo anterior, la Decisión 2010/87/UE establece las obligaciones que resultarán de aplicación, en materia de protección de datos personales, a los agentes mencionados. Ello sin perjuicio de que las partes puedan adaptarlas, regular aspectos diferentes o adicionales o remitirse al contrato que pudieran considerar más oportuno.

---

<sup>378</sup> Resolución de la AEPD en el marco del Expediente TI/00126/2012.

En lo que respecta al exportador, en el contrato que este celebre con el importador deberá garantizar las obligaciones que se indican a continuación cuando transfiera los datos a un país que no reúne las condiciones mínimas: (i) que el tratamiento de los datos personales, incluida la propia transferencia, se realizará de conformidad con las normas pertinentes de la legislación de protección de datos aplicable<sup>379</sup>; (ii) que se darán al importador las instrucciones para que el tratamiento se lleve a cabo exclusivamente en nombre del exportador y de conformidad con la legislación de protección de datos aplicable; (iii) que ofrecerá garantías suficientes en lo que respecta a las medidas de seguridad técnicas y organizativas y se verificará que las mismas resultan apropiadas para proteger los datos personales contra su destrucción o pérdida accidental, alteración, divulgación, acceso no autorizados o contra cualquier otra forma ilícita de tratamiento y que dichas medidas garantizarán un nivel de seguridad apropiado a los riesgos que entraña el tratamiento y la naturaleza de los datos que han de protegerse, habida cuenta del estado de la técnica y del coste de su aplicación. Adicionalmente, deberá asegurarse que dichas medidas se lleven a la práctica; (iv) si la transferencia incluye categorías especiales de datos, se asegurará que el responsable del tratamiento informe a los interesados antes de que se efectúe la transferencia de que sus datos podrían ser transferidos a un tercer país que no proporciona la protección adecuada; (v) que pondrá a disposición de los interesados, previa petición de estos, una copia de las cláusulas y una descripción sumaria de las medidas de seguridad, así como una copia de cualquier contrato para los servicios de subtratamiento de los datos que debe efectuarse de conformidad con las cláusulas -con excepción de aquellas cláusulas que contengan información comercial-; y (vi) en caso de subtratamiento, que este se llevará a cabo por un subencargado del tratamiento que proporcionará, al menos, el mismo nivel de protección sobre los datos que el importador.

---

<sup>379</sup> Informe Jurídico 101/2013 de la AEPD sobre el cumplimiento de la LOPD como requisito previo a la transferencia.

Por su parte, el importador en el país que no tiene los estándares mínimos, debe garantizar las siguientes obligaciones: (i) que tratará los datos personales transferidos en nombre del exportador, de conformidad con sus instrucciones y con lo establecido en el contrato formalizado con este. En caso de que no pueda cumplir estos requisitos por la razón que fuere, deberá informar al exportador, en cuyo caso este estará facultado para suspender la transferencia de los datos o rescindir el contrato; (ii) que no tendrá motivos para creer que la legislación que le es de aplicación le impida cumplir las instrucciones del exportador y sus obligaciones a tenor del contrato. Si se produjese una modificación de la legislación que tuviera impacto negativo sobre las garantías y obligaciones estipuladas en el contrato formalizado con el exportador, notificará dicho cambio y el exportador estará facultado para suspender la transferencia de los datos o rescindir el contrato; (iii) que pondrá en práctica las medidas de seguridad técnicas y organizativas antes de efectuar el tratamiento de los datos personales transferidos; (iv) que notificará al exportador, sin demora, cuando reciba una solicitud jurídicamente vinculante de divulgar los datos personales presentada por una autoridad competente, a menos que esté prohibido -e. g. por el Derecho penal, para preservar la confidencialidad de una investigación llevada a cabo por una de dichas autoridades- o cuando tenga conocimiento de un acceso accidental o no autorizado a los datos; (v) que tratará adecuadamente, en los plazos prescritos, las consultas del exportador de datos relacionadas con el tratamiento que este realice de los datos personales transferidos; (vi) que ofrecerá, a petición del exportador, sus instalaciones de tratamiento de datos para que se lleve a cabo la auditoría de las actividades de tratamiento cubiertas por el contrato formalizado por ambas partes; (vii) que pondrá a disposición de los interesados, previa petición de estos, una copia del contrato existente para el subtratamiento de los datos. Si el contrato incluyera información comercial podrá eliminarla; (viii) que no subcontratará ninguna de las operaciones de procesamiento de datos llevadas a cabo por cuenta del exportador sin previo

consentimiento por escrito de este, que deberá haber obtenido a su vez la autorización del responsable del tratamiento<sup>380</sup>; y (ix) que enviará al exportador, sin demora, copia del contrato que pudiera formalizar con un subencargado del tratamiento.

El contrato a celebrar entre exportador e importador de datos se registrará por la legislación del Estado miembro de establecimiento del exportador, permitiendo con ello al interesado exigir el cumplimiento del mismo. Por idéntica razón, el contrato celebrado con un subencargado del tratamiento de datos para actividades de subtratamiento de los datos personales transferidos por el exportador al importador se registrará por la legislación del Estado miembro de establecimiento del exportador.

Los interesados que sufrieran daños como resultado del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el exportador, importador de los datos y/o subencargado del tratamiento tendrán derecho a percibir una indemnización del exportador para el daño sufrido. En caso de que el interesado no pueda interponer contra el exportador la demanda de indemnización por incumplimiento por parte del importador de datos o su subencargado de sus obligaciones, por haber desaparecido *de facto*, por haber dejado de existir jurídicamente o ser insolvente, el importador acepta que el interesado pueda demandarle a él en el lugar del exportador. El importador no podrá basarse en un incumplimiento de un subencargado del tratamiento de sus obligaciones para eludir sus propias responsabilidades. En caso de que el interesado no pueda interponer contra el importador la demanda de indemnización por incumplimiento por parte del

---

<sup>380</sup> Si el importador subcontrata sus obligaciones con el consentimiento del exportador, lo hará exclusivamente mediante un acuerdo escrito con el subencargado ulterior del tratamiento en el que se le impongan a este las mismas obligaciones impuestas al importador. En los casos en que el subencargado ulterior del tratamiento no pueda cumplir sus obligaciones de protección de los datos con arreglo a dicho acuerdo escrito, el importador seguirá siendo plenamente responsable frente al exportador y, en su caso, frente al responsable del tratamiento, del cumplimiento de las obligaciones del subencargado ulterior del tratamiento de datos con arreglo a dicho acuerdo.

subencargado del tratamiento de sus obligaciones, el subencargado del tratamiento de datos acepta que el interesado pueda demandarle a él.

Una vez finalizada la prestación de los servicios de tratamiento de los datos personales, el importador y el subencargado deberán, a discreción del exportador, bien devolver todos los ficheros transferidos y sus copias, bien destruirlos por completo y certificar esta circunstancia al exportador. Ello salvo que la legislación aplicable al importador le impida devolver o destruir total o parcialmente los ficheros transferidos, en cuyo caso el importador garantizará guardar el secreto de los datos personales transferidos y que no volverá a someterlos a tratamiento. Adicionalmente, el importador de datos y el subencargado deberán garantizar que, a petición del exportador o de la AEPD, pondrán a disposición sus instalaciones de tratamiento de los datos para que se lleve a cabo la auditoría en materia de protección de datos, en los términos que se hubieran pactado por las partes.

#### **4.5.8 Reglas corporativas vinculantes (BCR)**

##### **4.5.8.1 Introducción**

Las BCR suponen, por un lado, un mecanismo a disposición de empresas multinacionales que exportan los datos personales desde el EEE a filiales situadas en terceros países que no garantizan un nivel adecuado de protección y, por otro lado, una herramienta para armonizar prácticas y procedimientos en materia de protección de datos.

Sus antecedentes se remontan al año 2002, cuando varias empresas multinacionales plantearon la posibilidad de facilitar las garantías adecuadas que se establecían en el artículo 26 de la Directiva 95/46/CE para dotar así de un conjunto de normas vinculantes a las filiales de su grupo ubicadas en países no

pertenecientes al EEE<sup>381</sup>. Las BCR fueron diseñadas por el Grupo del Trabajo del artículo 29 de la Directiva 95/46/CE, como un instrumento de autorregulación que simplifica los trámites administrativos para legitimar las transferencias de datos personales entre filiales de un mismo grupo empresarial, apareciendo recogidas extensamente en la propuesta del nuevo Reglamento de Protección de Datos.

La Comisión Europea las define como códigos de buenas prácticas basados en las normas de protección de datos europeas. Estos códigos deben ser aprobados, al menos, por una autoridad de control de protección de datos. Se elaboran y suscriben por las entidades de manera voluntaria a fin de asegurar las salvaguardias necesarias para determinadas categorías de transferencias de datos personales entre empresas que forman parte del mismo grupo de sociedades<sup>382</sup>.

Las BCR aparecen reguladas en el artículo 70.4 RLOPD. Esta regulación se completa con los siguientes Documentos de Trabajo elaborados por el Grupo del Artículo 29, relativos al contenido de las normas corporativas vinculantes y al procedimiento previo, que se desarrolla entre los diferentes Estados miembros implicados para la aprobación de dichas normas<sup>383</sup>: (i) WP 155 -preguntas más frecuentes sobre BCR-; (ii) WP 154 -cuadro que establece la estructura de las BCR-; (iii) WP 153 -cuadro que establece la relación de los elementos y principios que deben contener las BCR-; (iv) WP 108 -modelo de solicitud de autorización de transferencia internacional basada en BCR en el ámbito del procedimiento coordinado-; (v) WP 107 -documento sobre la competencia de las autoridades de

---

<sup>381</sup> ORTEGA GIMENEZ, A. y MARZO PORTERA, A., *op. cit.*, p. 51.

<sup>382</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: La protección de la privacidad en un mundo interconectado. Un marco europeo de protección de datos para el siglo XXI. Bruselas, 25.01.2012, COM (2012) 9 final, p. 12.

<sup>383</sup> Disponible en la URL: <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/index_en.htm)>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

control europeas en el procedimiento coordinado de aprobación las BCR-; y (vi) WP 74 -documento sobre la aplicación del artículo 26.2 de la Directiva 95/46/CE a las BCR-.

Las BCR sirven únicamente para justificar las transferencias internacionales de datos sometidas a autorización de la autoridad nacional, por lo que no pueden considerarse que estas sean sustitutivas de lo establecido por el Derecho nacional. La legislación española establece que se podrán autorizar transferencias internacionales de datos entre ellas cuando se hubieran adoptado BCR para las empresas del grupo y estas reglas internas sean exigibles conforme al ordenamiento jurídico español. De esta forma, si las reglas contenidas en las BCR fueran menos restrictivas que las previstas en la normativa, será esta última la que aplique a los tratamientos efectuados en el ámbito de la LOPD y el RLOPD.

Por tanto, tal y como acertadamente aclara D. SANCHO<sup>384</sup>, las BCR flexibilizan las relaciones de tratamiento de datos en el grupo multinacional, ajustándose a las peculiaridades del sector en el que este opera y aportando garantías cuando intervienen las distintas filiales como encargados del tratamiento.

#### 4.5.8.2 Requisitos de las BCR

Junto al cumplimiento de los principios sustantivos de protección de datos analizados en el presente trabajo, todas las BCR aplicables a las transferencias internacionales de datos deben: (i) garantizar su cumplimiento, incluyendo un mecanismo que garantice la transparencia y la aplicación de estas normas, tanto dentro como fuera del EEE; (ii) permitir la realización de auditorías sobre las BCR a los supervisores designados al efecto, los cuales transmitirán los resultados al órgano de administración de la empresa matriz del grupo y a las autoridades

---

<sup>384</sup> SANCHO VILLA, D., *op. cit.*, pp. 127-128.

nacionales; (iii) cooperar con las autoridades nacionales, permitiendo a los inspectores de la autoridad de supervisión realizar auditorías externas; (iv) gestionar las reclamaciones individuales en un departamento claramente identificado; (v) otorgar a los interesados los derechos de reparación y responsabilidad en las mismas condiciones que si el tratamiento se realizara en un país del EEE. A este respecto, la empresa matriz -si estuviera establecida en el EEE- o la filial europea responsable por delegación de la protección de datos, debería asumir la responsabilidad y tomar las medidas necesarias para enmendar los actos cometidos por otras filiales del grupo fuera del EEE y, si resultara de aplicación, abonar las indemnizaciones por los perjuicios se hubieran ocasionado derivados del incumplimiento de las BCR por alguna de las empresas del grupo obligadas por ellas. El grupo presentará, junto a la solicitud de aprobación, los documentos que demuestren que la empresa matriz europea o la compañía europea responsable por delegación de la protección de datos, dispone de suficientes recursos financieros para cubrir el pago de una posible indemnización por la violación de las BCR o que se han tomado medidas para hacer frente a tales reclamaciones, como pudiera ser la contratación de un seguro de responsabilidad civil; (vi) el grupo multinacional deberá aceptar que los interesados puedan interponer una reclamación frente a ellas, pudiendo estos además elegir además la jurisdicción que resultará de aplicación -la de la filial donde esté el origen de la transferencia, la de la empresa matriz del grupo o la de la filial europea responsable por delegación de la protección de datos-; (vii) el grupo debe poder demostrar que los interesados conocen la divulgación de sus datos personales a otras filiales del grupo fuera del EEE, de conformidad con las autorizaciones concedidas por las autoridades nacionales sobre la base de BCR. Se deberá facilitar a los interesados, así mismo, un fácil acceso a la información sobre los compromisos asumidos por el grupo en materia de protección de datos, al listado actualizado de filiales sometidas a las BCR y a los documentos que les permitan comprobar el cumplimiento de las citadas BCR.



#### 4.5.8.3 Procedimiento para la aprobación de BCR por la autoridad nacional

Las BCR deben ser aprobadas por cada una de las autoridades nacionales de los países desde los que se exportan los datos, lo que ha supuesto la creación de un procedimiento de cooperación y comunicación de oficio entre ellas.

Para solicitar la aprobación de las BCR, el grupo multinacional deberá designar una autoridad de protección de datos -autoridad de referencia o *lead authority*-, encargada de dirigir el procedimiento. Para designar la autoridad de referencia, el grupo multinacional deberá tomar en consideración, entre otros, los siguientes factores: (i) el país en el que se encuentra la sede europea del grupo; (ii) el país donde esté la filial a la que el grupo empresarial haya delegado responsabilidades en materia de protección de datos o el país donde se encuentre mejor situada la filial para asumir responsabilidad sobre el cumplimiento global del grupo; y (iii) el país donde esté la filial que gestione un mayor número de transferencias internacionales.

Sin perjuicio de lo anterior, la autoridad nacional a la que se envíe la solicitud decidirá si, a su entender, debiera ser tramitado el procedimiento de aprobación por otra autoridad nacional. Así, las autoridades encargadas de la protección de datos podrán decidir entre ellas si se envía la solicitud a una autoridad distinta a aquella que el grupo había elegido inicialmente<sup>385</sup>.

Para iniciar el procedimiento de aprobación de BCR ante una autoridad nacional, el solicitante deberá remitir a la misma la información apropiada que justifique su solicitud, incluido el borrador de BCR. La autoridad de referencia

---

<sup>385</sup> La Agencia de Protección de Datos del Reino Unido ha sido muy activa en el área de las BCR, habiendo autorizado en base a las mismas, entre otras, a las siguientes empresas multinacionales dedicadas a la tecnología: Accenture Limited, eBay Incorporated, Intel Corporation, Motorola Solutions Incorporated o Motorola Mobility LLC. Disponible en la URL: <<https://ico.org.uk/for-organisations/binding-corporate-rules/>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

distribuirá la documentación facilitada por el solicitante a las autoridades de protección de datos de los Estados afectados. Estas podrán formular observaciones en relación al cumplimiento de las condiciones exigidas en su Derecho nacional para la autorización de las transferencias o solicitar las aclaraciones y/o modificaciones que consideren oportunas. Subsiguientemente, la autoridad nacional iniciará conversaciones con el solicitante que debieran concluir en un borrador consolidado de BCR, el cual será remitido a las autoridades nacionales involucradas para que estas puedan formular, nuevamente, las observaciones que estimen necesarias. Tomando en consideración las observaciones recibidas, el solicitante deberá preparar un borrador final de BCR. Una vez validadas las BCR por las autoridades nacionales, se solicitarán a las autoridades nacionales las autorizaciones de transferencia internacional de datos.

Las BCR pueden concretar las reglas aplicables a los diferentes Estados fuera del EEE si así lo solicita expresamente el grupo multinacional que las implementa. Sin embargo, al ser el objetivo de estas la creación de unas políticas globales, estas particularizaciones hacen el trámite más complejo.

No debe olvidarse que tanto la Directiva 95/46/CE como las normas nacionales de transposición regularon la protección de datos sobre una concepción de la informática que no es la actual. Internet ha provocado el nacimiento de nuevos tratamientos de datos que antes no existían: buscadores, redes sociales, *big data*, *cloud computing*, etc. Adicionalmente, junto a las alternativas de las cláusulas contractuales y de las BCR para llevar a cabo transferencias internacionales, la propuesta de Reglamento de Protección de Datos hace alusión a la posibilidad de adoptar otras medidas adecuadas y proporcionadas, que deberán justificarse a la luz de las circunstancias que rodean la operación de transferencia

de datos o las operaciones de transferencia de conjuntos de datos, siempre que estas las autorice una autoridad de control<sup>386</sup>.

#### **4.5.9 Denegación o suspensión temporal de una transferencia internacional**

##### **4.5.9.1 Denegación de una transferencia internacional**

El Director de la AEPD estará facultado a denegar las solicitudes de transferencias a Estados que no proporcionen un nivel adecuado de protección, mediando previa audiencia del exportador, cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes: (i) que la situación de protección de los derechos fundamentales y libertades públicas en el país de destino o su legislación impidan garantizar el íntegro cumplimiento del contrato y el ejercicio por los interesados de los derechos que el contrato contiene; (ii) que el importador haya incumplido previamente las garantías establecidas en cláusulas contractuales de este tipo; (iii) que existan indicios racionales de que las garantías ofrecidas por el contrato no están siendo o no serán respetadas por el importador; (iv) que existan indicios racionales de que los mecanismos de aplicación del contrato no son o no serán efectivos; y/o (v) que la transferencia pudiera crear una situación de riesgo de daño efectivo a los interesados<sup>387</sup>.

##### **4.5.9.2 Suspensión de una transferencia internacional**

Asimismo, el Director de la AEPD podrá acordar, previa audiencia del exportador, la suspensión temporal de la transferencia de datos hacia un importador ubicado en un tercer Estado del que se haya declarado la existencia de

---

<sup>386</sup> *Vid.* Considerando 83.

<sup>387</sup> *Vid.* artículo 70.3 RLOPD.

un nivel adecuado de protección cuando el importador haya vulnerado las normas de protección de datos establecidas en su Derecho interno y/o existan indicios racionales de que se estén vulnerando las normas o, en su caso, los principios de protección de datos por el importador y que la autoridad nacional del Estado donde radica el importador no hubieran adoptado o no van a adoptar en el futuro las medidas oportunas para resolver el caso en cuestión, habiendo sido advertida por la AEPD<sup>388</sup>.

#### 4.5.9.3 Procedimiento para la denegación o suspensión de una transferencia internacional

La denegación y la suspensión temporal deberán seguir el procedimiento establecido, a tal efecto, por el RLOPD<sup>389</sup>. Al igual que ocurriera en los supuestos de autorización de transferencias internacionales, las resoluciones del Director de la AEPD por las que se deniegue o suspenda temporalmente una transferencia internacional de datos serán notificadas por el RGPD al Ministerio de Justicia para que este proceda a notificar a la Comisión Europea y a los demás Estados miembros de la UE, los cuales podrán plantear su oposición.

---

## 4.6 Medidas de seguridad en el tratamiento de datos personales

### 4.6.1.1 Deber de confidencialidad y seguridad de los datos personales

La LOPD concede a los deberes de confidencialidad y seguridad una importancia central cuando regula los principios de protección de datos. Ambos principios resultan necesarios y constituyen una garantía para el derecho fundamental a la protección de datos.

---

<sup>388</sup> Vid. artículo 69 RLOPD.

<sup>389</sup> Vid. artículos 141 a 144 RLOPD.

El secreto y la confidencialidad aseguran que los datos personales sólo sean conocidos por el afectado o interesado y por aquellas personas con la competencia para usar, consultar, modificar o incluir los datos en los sistemas de información. Según establece la AN, el deber de secreto impide al responsable de los datos almacenados revelar su contenido teniendo el «deber de guardarlos, obligaciones que subsistirán aún después de finalizar sus relaciones con el titular del fichero o, en su caso, con el responsable del mismo. Este deber es una exigencia elemental y anterior al propio reconocimiento del derecho fundamental a la libertad informática, a que se refiere la STS 292/2000, de 30 de noviembre, y, por lo que ahora interesa, comporta que los datos tratados no pueden ser conocidos por ninguna persona o entidad ajena fuera de los casos autorizados por la Ley, pues en eso consiste precisamente el secreto»<sup>390</sup>.

El deber de seguridad garantiza, por su parte, la disponibilidad de los datos y, con ella su recuperación ante cualquier evento, y la integridad de los mismos protegiéndolos frente a cualquier manipulación no autorizada. En este sentido, se deberán implantar políticas para el cumplimiento de estos dos principios<sup>391</sup>.

#### 4.6.1.2 Niveles de seguridad sobre los datos de carácter personal

La normativa aplicable distingue tres niveles de seguridad -básico, medio y alto- que deberán adoptar tanto el cliente como el prestador en una relación de *outsourcing* en función de la naturaleza de los datos a tratar.

Las medidas que se contemplan en el RLOPD tienen carácter acumulativo, debiendo adoptarse las medidas correspondientes al nivel que aplique según la naturaleza de los datos y, adicionalmente, todas aquellas que resulten de

---

<sup>390</sup> SAN de 18 de febrero de 2002 y SAN de 1 de febrero de 2006.

<sup>391</sup> *Vid.* artículo 89 RLOPD.

aplicación a niveles de seguridad inferiores. La AEPD, con el objetivo de facilitar a los responsables y encargados de tratamientos la adopción de las disposiciones del RLOPD, publicó un documento en que recopila un cuadro resumen de las medidas de seguridad recogidas en el Título VIII RLOPD, un modelo de documento de seguridad y un listado de comprobaciones para facilitar la realización de auditorías de seguridad<sup>392</sup>.

El objetivo que debe buscarse no es tanto una réplica formal de las medidas de seguridad incluidas en el texto del RLOPD, sino implantar las medidas que efectivamente, en cada caso con sus propias circunstancias, permitan conseguir la eficacia que pretende la citada norma.

#### 4.6.1.3 Medidas de seguridad sobre los ficheros

El responsable del fichero, y, en su caso, el encargado del tratamiento, deberán adoptar las medidas de índole técnica y organizativa necesarias que garanticen la confidencialidad y seguridad de los datos de carácter personal y eviten su alteración, pérdida, tratamiento o acceso no autorizado, habida cuenta del estado de la tecnología, la naturaleza de los datos almacenados y los riesgos a que están expuestos, ya provengan de la acción humana o del medio físico o natural.

Las medidas de seguridad deberán aplicarse tanto a los ficheros como a su tratamiento. El RLOPD, en su Título VIII, concreta las medidas que los responsables y los encargados de tratamiento han de implantar para garantizar la seguridad en los ficheros, centros de tratamiento, locales, equipos, sistemas, programas, etc. Entre ellas se encuentra la elaboración de un documento de

---

<sup>392</sup> Disponible en la URL:

<[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia\\_seguridad\\_datos\\_2008.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/pdfs/guia_seguridad_datos_2008.pdf)> [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

seguridad acorde a la normativa de seguridad vigente, que será de obligado cumplimiento para el personal con acceso a los datos.

El documento de seguridad deberá definir claramente las funciones y obligaciones de cada uno de los usuarios o perfiles de usuarios con acceso a los datos de carácter personal y a los sistemas de información. Junto a lo anterior, detallará las funciones de control o autorizaciones delegadas por el responsable del fichero o tratamiento. El responsable del fichero o tratamiento adoptará las medidas necesarias para que el personal conozca, de una forma comprensible, las normas de seguridad que afecten al desarrollo de sus funciones así como las consecuencias en que pudiera incurrir en caso de incumplimiento<sup>393</sup>.

Con respecto al cumplimiento de las medidas de seguridad en el tratamiento de datos de carácter personal, el RLOPD realiza una triple distinción: (i) que el acceso del encargado del tratamiento a los datos se realice en los locales del responsable; (ii) que el acceso del encargado a los datos se realice en remoto, habiéndosele prohibido por el responsable incorporar tales datos a sistemas o soportes distintos de los suyos; o (iii) que el tratamiento de datos sea realizado en los locales del encargado, distintos a los del responsable. Siguiendo la anterior distinción, en el primer supuesto deberá hacerse constar esta circunstancia en el documento de seguridad de dicho responsable, comprometiéndose el personal del encargado al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en citado documento<sup>394</sup>. En el segundo supuesto, el responsable deberá reflejarlo en su documento de seguridad, comprometiéndose el personal del encargado al cumplimiento de las medidas de seguridad previstas en el citado documento. En el último de los supuestos, el encargado deberá elaborar un documento de seguridad o completar el que ya hubiera elaborado para otros ficheros que trate, en su caso,

---

<sup>393</sup> Vid. artículo 9.1 LOPD.

<sup>394</sup> Vid. artículo 82 RLOPD.

identificando el fichero o tratamiento y el responsable del mismo e incorporando las medidas de seguridad a implantar en relación con dicho tratamiento. La versatilidad de los servicios de *outsourcing* hará que, en muchas ocasiones, esta última previsión sea la que resulte de aplicación.

Constituye una infracción grave mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad<sup>395</sup>.

En virtud de lo anterior, resulta más que conveniente diseñar en el contrato de *outsourcing* las funciones y responsabilidades del personal del cliente y del prestador teniendo en cuenta su relación con el tratamiento de datos personales. Junto a ello, se le deberá formar adecuadamente, garantizando que conozca sus deberes de seguridad y secreto e, incluso, formar a aquellos trabajadores del cliente o el prestador que aún sin tener relación directa con los sistemas de información y los tratamientos de datos personales puedan poner en riesgo el secreto o la seguridad de los mismos.

---

## 4.7 Extinción del tratamiento

La extinción del tratamiento ocurre por las mismas causas que conducen a la extinción de una relación jurídica. Agotada por cualquier causa la relación jurídica que ocasionó el tratamiento finalizan las obligaciones de las partes y ninguna de ellas podrá exigir a la otra nada que pudiera acontecer con posterioridad a la extinción. En lo relativo al tratamiento de datos de carácter personal, los datos serán cancelados cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes para la finalidad para la cual hubieran sido recabados o registrados. Tampoco serán conservados en forma que permita la identificación del interesado durante un

---

<sup>395</sup> Vid. artículo 44.3.h) LOPD.



período superior al necesario para los fines en base a los cuales hubieran sido recabados o registrados<sup>396</sup>. En las relaciones negociales de *outsourcing*, donde el tratamiento de datos es accesorio al contrato principal, la relación del tratamiento se dará por extinguida en el momento en el que se produzca la extinción del contrato de *outsourcing*.

La extinción del tratamiento se llevará a cabo cancelando<sup>397</sup> los datos, bloqueándolos y conservándolos<sup>398</sup> únicamente a disposición de las autoridades públicas, Jueces y Tribunales, para que, en el ejercicio de sus funciones, puedan acceder a los datos que se sometieron a tratamiento, a efectos de garantizar los controles y fiscalizaciones oportunas así como para investigar actividades de carácter delictivo que pudieran acreditarse con la información que se desprenda del tratamiento de datos llevado a cabo.

Por tanto, la cancelación de los datos no implica automáticamente el borrado o supresión física de los mismos, sino que puede determinar, en caso de que así lo establezca una norma con rango de Ley o se desprenda de la propia relación jurídica que vincula al responsable del fichero con el interesado -y que motiva el propio tratamiento-, el bloqueo de los datos sometidos a tratamiento. En este sentido, el TC impuso expresamente el principio de reserva de Ley en cuanto a las limitaciones al derecho fundamental de protección de datos, de forma que cualquier limitación a ese derecho -como sería la derivada del artículo 16.3 LOPD- deberá constar en una disposición con rango de Ley para que el bloqueo de los datos pueda considerarse lícitamente efectuado<sup>399</sup>. Adicionalmente, debe tomarse en

---

<sup>396</sup> Vid. artículo 4.5 LOPD.

<sup>397</sup> Vid. artículo 16.3 LOPD.

<sup>398</sup> Vid. artículo 16.5 LOPD.

<sup>399</sup> STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000. Como ejemplo pueden indicarse, en una relación civil o mercantil, los plazos de prescripción de las acciones derivadas de la relación jurídica que justifica el tratamiento de datos.

consideración que no existe la obligación de actualizar los datos que estuvieran bloqueados<sup>400</sup>.

Transcurridos los plazos de prescripción de obligaciones y responsabilidades, deberá procederse a la supresión de los datos, eliminándolos de los soportes en los que estuvieran grabados, destruyendo los citados soportes o procediendo a la despersonalización de los mismos de modo que no sea posible la identificación del interesado -acto que, como se ha analizado, difiere del procedimiento de disociación de datos-.

---

## 4.8 Infracciones y sanciones

El principio de seguridad jurídica recogido en el artículo 25.1 CE indica que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». Siguiendo este principio, para la eficaz garantía de los derechos que se incluyen en la normativa sobre protección de datos es imprescindible que exista una relación concreta de las conductas que constituyen infracción ya que, de lo contrario, se estarían estableciendo obligaciones jurídicas sin consecuencias sancionadoras en caso de incumplimiento. Adicionalmente, se exige que las normas sancionadoras sólo puedan interpretarse de forma estricta, sin que exista la posibilidad de que su descripción genere duda alguna sobre qué conducta pretende sancionar<sup>401</sup>.

---

<sup>400</sup> SAN de 26 de enero de 2001.

<sup>401</sup> *Vid.* artículo 4.2 CC.

El artículo 44 LOPD establece las distintas tipologías de infracciones -leves, graves y muy graves- y el artículo 45 LOPD las sanciones que resultarán de aplicación a cada una de las infracciones.

En lo que concierne a los servicios de *outsourcing*, a continuación se describen las conductas más habituales que, en materia de protección de datos, pudieran suponer la imposición de sanciones por parte de la AEPD si los contratantes no actuasen con la diligencia debida y de conformidad a la normativa.

En primer lugar, como infracciones leves: (i) no remitir a la AEPD las notificaciones previstas en la normativa sobre protección de datos; (ii) no solicitar la inscripción del fichero en el RGPD; (iii) incumplir el deber de información al interesado acerca del tratamiento de sus datos cuando estos sean recabados del propio interesado; y (iv) transmitir los datos a un encargado del tratamiento sin dar cumplimiento a los deberes formales establecidos en el artículo 12 LOPD.

En segundo lugar, como infracciones graves: (i) tratar datos personales sin recabar el consentimiento del interesado, cuando el mismo sea necesario conforme a lo dispuesto en la normativa aplicable; (ii) tratar datos personales o usarlos posteriormente incumpliendo los principios y garantías establecidos en el artículo 4 LOPD respecto a la calidad de los mismos, salvo cuando este hecho sea constitutivo de infracción muy grave; (iii) vulnerar el deber de guardar secreto acerca del tratamiento de los datos al que se refiere el artículo 10 LOPD; (iv) impedir u obstaculizar el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición por parte del interesado; (v) incumplir el deber de información al interesado acerca del tratamiento de sus datos cuando estos no hayan sido recabados del propio interesado; (vi) incumplir los restantes deberes de notificación o requerimiento al interesado impuestos por la normativa aplicable; (vii) mantener los ficheros, locales, programas o equipos que contengan datos de carácter personal sin las debidas condiciones de seguridad que se contienen en el

RLOPD; (viii) no atender los requerimientos de la AEPD; (ix) obstaculizar el ejercicio de la función inspectora; y (x) comunicar o ceder los datos sin contar con legitimación para ello en los términos previstos en la normativa, salvo que dicha conducta sea constitutiva de infracción muy grave.

Por último, como infracciones muy graves: (i) recoger datos personales de forma engañosa o fraudulenta; (ii) tratar o ceder los datos especialmente protegidos<sup>402</sup>, salvo en los supuestos en que la LOPD lo autorice o vulnerar la prohibición contenida en el artículo 7.4 LOPD; (iii) no cesar en el tratamiento ilícito de datos personales cuando existiese un previo requerimiento del Director de la AEPD para ello; y (iv) transferir internacionalmente datos de carácter personal con destino a países que no proporcionen un nivel de protección adecuado sin la pertinente autorización del Director de la AEPD, salvo en los supuestos en los que conforme a la normativa aplicable dicha autorización no resultare necesaria.

Las infracciones leves serán sancionadas con multa de 900 a 40.000 euros, las graves con multa de 40.001 a 300.000 euros y las muy graves con multa de 300.001 a 600.000 euros. La cuantía de las sanciones se graduará por parte de la AEPD atendiendo a diferentes factores, entre los que se encuentran el carácter continuado de la infracción, el volumen de los tratamientos efectuados, el volumen de negocio del infractor, los beneficios obtenidos como consecuencia de la comisión de la infracción, el grado de intencionalidad y/o reincidencia, los perjuicios causados a las personas interesadas o a terceras personas así como cualquier otra circunstancia que sea relevante para determinar el grado de antijuridicidad y de culpabilidad de la actuación infractora.

Procederá atenuación de la sanción, aplicando el órgano sancionador a la cuantía de la sanción la escala relativa a la clase de infracciones que preceda

---

<sup>402</sup> Vid. los apartados 2, 3 y 5 del artículo 7 LOPD.

inmediatamente en gravedad a aquella en que se integra la considerada en el caso de que se trate, en los siguientes supuestos: (i) cuando se aprecie una cualificada disminución de la culpabilidad del imputado o de la antijuridicidad del hecho como consecuencia de la concurrencia significativa de varios de los criterios; (ii) cuando el infractor haya regularizado la situación de forma diligente; (iii) cuando la conducta del interesado haya podido inducir a la comisión de la infracción; (iv) cuando el infractor haya reconocido espontáneamente su culpabilidad; o (v) cuando se haya producido un proceso de fusión por absorción y la infracción fuese anterior a dicho proceso, no siendo imputable a la entidad absorbente.

Respecto a la prescripción de las infracciones, las muy graves prescribirán a los tres años a contar desde el día en que la infracción se hubiera cometido, las graves a los dos años y las leves al año. El inicio del procedimiento sancionador con el conocimiento del interesado interrumpirá la prescripción, reanudándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviere paralizado durante más de seis meses, por causas no imputables al presunto infractor<sup>403</sup>.

---

<sup>403</sup> *Vid.* artículo 47.3 LOPD.

## 5 PROPIEDAD INTELECTUAL

### 5.1 Introducción y normativa aplicable

#### 5.1.1 Introducción

La expresión de las ideas, innovaciones y la creatividad humana se han convertido en propiedad privada protegidas por Ley a través de la propiedad intelectual, siendo susceptibles de ser comercializadas por sus titulares o por terceros legítimamente autorizados.

El marco jurídico de los derechos de propiedad intelectual permite al autor transformar sus creaciones innovadoras y creativas en valiosos activos comercializables. La inventiva y la percepción del ser humano se manifiestan en ideas, información, conocimiento y otros activos intangibles nuevos u originales que se puede incorporar o asociar a otros productos y servicios de los que hacemos uso en la vida cotidiana. Así, elementos nuevos o mejorados de tecnología, información confidencial, programas informáticos, bases de datos, instrucciones, libros, etc., son susceptibles de protección.

Únicamente aquellas empresas que proporcionen los mejores productos y servicios a los precios más bajos serán competitivas, manteniendo así una posición de ventaja en una economía de mercado globalizado tan exigente y cambiante como la actual. Las nuevas tecnologías en el sector de las telecomunicaciones brindan excelentes oportunidades de creación y de difusión de las obras y prestaciones, si bien con ellas, también, aumentan las amenazas de infracción de los derechos de propiedad intelectual.

En los contratos de *outsourcing* es crucial incluir, por lo relevante de la materia, una referencia a la propiedad intelectual. Como se ha visto y en lo que

respecta a las relaciones de *outsourcing*, los materiales susceptibles de protección al amparo de la LPI pueden ser de muy variada naturaleza: metodologías, documentos de trabajo, esquemas, diseños, programas de ordenador, manual de usuario y operación, etc. Como puede anticiparse, el principal activo son los programas de ordenador y su documentación que, por sus características especiales, disponen de una regulación *ad hoc* en esta norma<sup>404</sup>.

Para facilitar la comprensión de este capítulo se analiza de forma separada cada uno de los aspectos relacionados con la propiedad intelectual de las obras en general y, cuando resulte de aplicación, de la regulación específica que pudiera aplicar al *software*.

### 5.1.2 Normativa aplicable

El desarrollo de las nuevas tecnologías de la información y de las redes informáticas descentralizadas han tenido un impacto extraordinario sobre los derechos de propiedad intelectual, que ha requerido un esfuerzo equivalente de la comunidad internacional y de la UE para proporcionar instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de estos derechos legítimos.

Entre las Directivas comunitarias que afectan directamente a la propiedad intelectual en su relación con el *outsourcing*, destacan las siguientes: (i) Directiva 93/83/CEE; (ii) Directiva 96/9/CE; (iii) Directiva 2001/29/CE; (iv) Directiva 2004/48/CE; (v) Directiva 2009/24/CE; y (vi) Directiva 2011/77/EU.

En nuestro país, la LPI han sido un instrumento esencial para la protección de estos derechos de autor. La última reforma de la LPI se ha producido en virtud

---

<sup>404</sup> Vid. Título VII del Libro I de la LPI -artículos 95 a 104-.

de la Ley 21/2014, con el objetivo de transponer al Derecho español, principalmente, la Directiva 2011/77/EU.

Junto a lo anterior, el Reglamento del RGPI estableció el procedimiento de inscripción de los derechos de propiedad intelectual, así como la estructura y funcionamiento del RGPI.

---

## 5.2 Definiciones

### 5.2.1 Obra

El artículo 10 LPI entiende por obra toda creación original literaria, artística o científica expresada por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro.

El requisito de originalidad ha sido entendido en dos sentidos diferentes: (i) subjetivo, siendo una obra original cuando refleja la personalidad del autor; y (ii) objetivo, cuando aporta una novedad formal objetiva en relación con el universo de formas preexistente<sup>405</sup>. La originalidad únicamente se da cuando la forma elegida por el creador incorpora una especificidad tal que permite considerarla una realidad singular o diferente por la impresión que produce en el consumidor, lo que, por un lado, ha de llevar a distinguirla de las análogas o parecidas y, por otro, le atribuye una cierta apariencia de peculiaridad<sup>406</sup>.

Para la protección de la obra en España se prescinde, por tanto, del requisito de inscripción o publicación de la misma, siendo estos actos voluntarios y de valor

---

<sup>405</sup> STS de 26 de octubre de 1992.

<sup>406</sup> SAP de Asturias, de 17 de diciembre de 1998.



únicamente probatorio<sup>407</sup>. Tampoco se exige que se haga uso de símbolos o indicaciones de la reserva de derechos<sup>408</sup>, aunque deberán considerarse las consecuencias de no utilizarlos para la posible protección en países diferentes a España.

Con arreglo al artículo 2 LPI «la propiedad intelectual está integrada por derechos de carácter personal y patrimonial, que atribuyen al autor la plena disposición y el derecho exclusivo a la explotación de la obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley». Este precepto viene a reconocer la existencia de dos conjuntos de derechos de propiedad intelectual, cada uno con su propio régimen. Por un lado, los derechos de carácter personal o derechos morales, que serán irrenunciables e inalienables para el autor<sup>409</sup> y, por otro, los derechos de carácter patrimonial o derechos de explotación, transmisibles y renunciables a voluntad de su titular<sup>410</sup>, aunque directamente conectados con los primeros.

El artículo 10 LPI hace alusión a un extenso listado de ejemplos de obras, que deberá entenderse como *numerus apertus*. A pesar de que la propia LPI establece la regulación específica de alguno de los ejemplos de obras que enumera el artículo 10 LPI -e. g. obras cinematográficas y los programas de ordenador-, existen otras obras que ni siquiera se mencionan en la norma, por lo que será

---

<sup>407</sup> A diferencia de lo establecido en la LPI, la derogada Ley de 10 de enero de 1879, de la propiedad intelectual, condicionaba la protección de la propiedad intelectual a la publicación de la obra y a su inscripción en el RGPI. La obra publicada no inscrita pasaba al dominio público. *Vid.*, entre otras, la SAP de Alicante, de 18 de octubre de 1999 y la SAP de Cádiz, de 11 de marzo de 2002.

<sup>408</sup> Según el artículo 146 LPI «El titular o cesionario en exclusiva de un derecho de explotación sobre una obra o producción protegidas por esta Ley podrá anteponer a su nombre el símbolo © con precisión del lugar y año de la divulgación de aquellas [...]», de lo cual se deduce que la inclusión o no del símbolo © queda a la entera discreción del autor.

<sup>409</sup> *Vid.* artículo 14 LPI.

<sup>410</sup> *Vid.* artículos 17 a 23 LPI.

necesario acudir a la analogía para poder entender e interpretar su regulación de una forma global y completa.

### 5.2.2 Autor

El artículo 1 LPI establece que «la propiedad intelectual de una obra literaria, artística o científica corresponde al autor por el solo hecho de su creación». Entiende R. BERCOVITZ<sup>411</sup> que este reconocimiento se produce en el artículo 33 CE, como propiedad especial que es, de acuerdo con el artículo 149.1.9.<sup>a</sup> CE y con los artículos 428 y 429 CC.

De lo anterior se puede deducir que el autor, por el solo hecho de la creación de una obra literaria, artística o científica, se encuentra protegido por la Ley, que le reserva en exclusiva determinados derechos respecto a su obra, sin más limitaciones que las establecidas en la Ley<sup>412</sup>. Esta posición se consolida con la divulgación o publicación y con el hecho de que los derechos patrimoniales podrán cederse a terceros con efectos obligacionales.

Según se ha visto, no cabe duda de que una persona puede ser autor según se indica en el artículo 1 LPI. Sin embargo, en ocasiones, para la creación de una obra compleja es habitual que trabajen un grupo de empleados de una misma compañía. Como consecuencia de la realidad anterior, el artículo 5.2 LPI abre la posibilidad a que las personas jurídicas, en los casos previstos de forma concreta en la LPI, puedan beneficiarse de la protección que esta otorga a los autores. De

---

<sup>411</sup> BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al artículo 1.º LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007, pp. 17-20.

<sup>412</sup> El artículo 2 LPI parece heredar la fórmula para establecer las limitaciones relativas a la plena disposición y el derecho exclusivo de propiedad intelectual del artículo 348.1 CC. El mismo establece que «la propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas en las leyes».

esta forma, las empresas podrán ser titulares -que no autores- de derechos de propiedad intelectual por el hecho de crear, y, por supuesto, podrán ser cedentes y cesionarios de los mencionados derechos. Es perfectamente válido que una persona jurídica ostente todos los derechos patrimoniales siempre que estos hubieran sido cedidos por el autor legítimo de la obra o cuando dicha cesión viniera impuesta por Ley, impidiendo así el uso de estos por el autor en favor de una persona jurídica<sup>413</sup> o que, directamente, la LPI otorgue la condición de titular a la persona jurídica, privando de tal consideración a las personas físicas que hubieran creado la obra.

### 5.2.3 Programa de ordenador

#### 5.2.3.1 Protección del programa de ordenador por derechos de autor

El debate sobre cómo proteger los programas de ordenador que se inició a finales de los años 70, abría la posibilidad de que esta se llevara a cabo a través de la propiedad intelectual o, alternativamente, mediante la propiedad industrial. En aquel momento, la primera alternativa que se planteó fue la de asimilar los programas de ordenador a las patentes, debido a que ambos son bienes utilitarios que interactúan con las máquinas para obtener un resultado. Sin embargo, debido al elevado coste y tiempo para llevar a cabo el registro de una patente -se exige, entre otros requerimientos, un análisis complejo de su carácter novedoso y actividad inventiva-, y al carácter público de las patentes, por razones eminentemente políticas y económicas se rechazó la protección de estos a través de la propiedad industrial, optándose por la protección de los mismos a través de los derechos de autor. De esta forma, se asimila el *software* a las obras literarias o

---

<sup>413</sup> Esto último ocurre, en relación a los programas de ordenador, en el supuesto establecido en el artículo 8 LPI, cuando se está ante la creación de una obra colectiva.

artísticas<sup>414</sup>, y su protección permite que los autores se vean incentivados para el desarrollo, la creación y difusión de los mismos.

Sin perjuicio de lo anterior, es conveniente aclarar que el hecho de que un programa de ordenador se vea protegido por derechos de autor no impide que el mismo, cuando fuera un elemento más de una invención, pudiera ser objeto de protección a través de la propiedad industrial. De esta forma, se abre la posibilidad de patentar invenciones que pudieran estar basadas en programas de ordenador. De esta forma lo recoge expresamente la LPI<sup>415</sup> y, de hecho, la Oficina Europea de Patentes así lo está admitiendo. Fueron varios los autores que, en su momento, se pronunciaron en contra de la protección de los programas de ordenador a través de derechos de autor, al entender que no se corresponde esta protección con las características especiales que ostenta el *software*<sup>416</sup>.

#### 5.2.3.2 Concepto y requisitos para su protección

La entrada en vigor de la Directiva 2009/24/CE resolvió gran parte de las dudas existentes hasta ese momento sobre las reglas específicas de aplicación del derecho de autor en el ámbito del *software*. Los programas de ordenador aparecen regulados, como Derecho especial respecto del resto de preceptos incluidos en la

---

<sup>414</sup> Así lo estableció la Directiva 2009/24/CE en su artículo 1, estableciendo que los Estados miembros debían proteger mediante derechos de autor los programas de ordenador como obras literarias, tal como se definen en el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas.

<sup>415</sup> *Vid.* artículo 104 LPI y artículo 4.2º LP, que rechazan la patentabilidad de las obras literarias. No se debe olvidar que el *software* está protegido, al amparo de la LPI, como una obra literaria. Sin embargo, si finalmente se optara por la protección vía patente al existir un supuesto de una invención basada en un *software*, la tutela ofrecida por la patente conlleva inexcusablemente la publicidad y general conocimiento del programa por su código fuente en la invención. RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDIA ROMAN, F. *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, editorial Cívitas, Madrid, 1997, p. 138.

<sup>416</sup> *Vid.*, entre otros, a DAVARA RODRÍGUEZ, M.A. *Manual de Derecho Informático*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1993, p. 139 o FERNÁNDEZ MASIÁ, E. *La protección de los programas de ordenador en España*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp.19-20.

citada LPI<sup>417</sup>, en el Título VII del Libro I de la LPI -artículos 95 a 104<sup>418</sup>-. Fuera de los citados preceptos, la norma hace alusión a ellos para excluir su aplicación<sup>419</sup>.

Ciertamente, la regulación específica contenida en la LPI para los programas de ordenador altera conceptos básicos del derecho de autor tales como una reducción de la exigencia de originalidad de la obra, la atribución de la titularidad de los derechos patrimoniales y quizás de la autoría, según la interpretación que se haga de los preceptos que la regula.

El *software*, que suele ser el activo más relevante en el contexto de una relación negocial de *outsourcing*, comprende no sólo las aplicaciones informáticas desarrolladas *ex novo* para el cliente, sino también aquellas modificaciones y sucesivas actualizaciones realizadas por el prestador en las aplicaciones titularidad del cliente, una vez obtenida la autorización de este para ello.

El programa de ordenador puede definirse, según indica el artículo 96.1 LPI, como aquella «secuencia de instrucciones o indicaciones destinadas a ser utilizadas, directa o indirectamente, en un sistema informático para realizar una función o una tarea o para obtener un resultado determinado, cualquiera que fuere su forma de expresión y fijación». El legislador ha realizado una definición que

---

<sup>417</sup> Para lo no específicamente regulado en el Derecho especial aplicará lo establecido en los restantes artículos de la LPI. Así, al *software* le resultarán de aplicación, sin excepción salvo que así se disponga expresamente, las disposiciones generales establecidas en los Libros I, III, IV y las disposiciones adicionales y transitorias de la LPI.

<sup>418</sup> Para un análisis en profundidad de la regulación de los programas de ordenador, *vid.* BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, *op. cit.*, pp. 1.228-1.405. Esta obra ha sido la principal fuente de información en la que se ha basado el estudio que se realiza sobre la materia referida a la propiedad intelectual del presente trabajo.

<sup>419</sup> *Vid.* el artículo 25.3 LPI sobre la remuneración por copia privada; el artículo 31.2º LPI sobre la copia privada; el artículo 51.5 LPI sobre la autoría de las obras creadas por asalariados; el artículo 139.1.f) LPI sobre el cese de la actividad ilícita; el artículo 141.4 LPI sobre medidas cautelares; el artículo 145.4 LPI sobre la publicidad de los datos de RGPI; el artículo 160.4 LPI sobre las medidas tecnológicas de protección; y disposiciones transitorias octava y décima de la LPI.

pretende abarcar, al máximo, las distintas manifestaciones presentes o futuras que pueda tener una aplicación informática, protegiendo la forma en que se expresa y no los principios o ideas en que se basa, que serán libres. Estarían protegidos tanto el código fuente -conjunto de instrucciones, más o menos extenso, que se obtiene por los programadores informáticos haciendo uso de los lenguajes de programación-, como el código objeto o máquina -obtenido tras una conversión del código fuente, con el objetivo que el sistema pueda procesar las instrucciones en él contenidas-. Igualmente, con la citada definición, quedan protegidos tanto el *software* de base -e. g. controladores y sistemas operativos- como el *software* de aplicación -e. g. programas de procesamiento de textos, bases de datos, presentaciones y fotografías-. Inclusive, estaría protegido aquel *software* que pudiera estar incorporado en componentes *hardware* -también conocido como *firmware*- con la finalidad de controlar los circuitos electrónicos.

El artículo 99 LPI protege, asimismo, las versiones sucesivas que pudieran desarrollarse sobre un programa de ordenador así como los programas que, de este, pudieran derivarse. El autor del programa ostentará los derechos exclusivos para ello. Ahora bien, si el autor autorizara a un tercero la realización de una versión posterior o un programa derivado, dicho tercero será autor legítimo de las transformaciones que hubiera realizado<sup>420</sup>.

La documentación preparatoria, equiparable a la descripción del programa que, con posterioridad, puede desarrollarse, se considera comprendida dentro de la expresión del programa de ordenador. En lo referido a la documentación técnica y los manuales de uso de un programa<sup>421</sup>, a pesar de no ser propiamente partes del programa, se equiparan en lo que a su protección se refiere, a lo establecido en el

---

<sup>420</sup> Vid. artículo 21 LPI.

<sup>421</sup> Inclusive si el autor de la documentación técnica y/o los manuales de uso es distinto del autor del programa de ordenador al que estos se refieren.

Título VII. Sin embargo, la rigurosidad de la técnica jurídica empleada por el legislador deja mucho que desear. Como ejemplo, piénsese en la imposible aplicación a las obras literarias -naturaleza propia de la documentación y los manuales del programa-, entre otros, de los artículos 99 y 100 LPI. Por ello, entienden J. P. APARICIO y J. DELGADO<sup>422</sup> que la aplicación a estos de las normas previstas para los programas sería sólo posible para aquella documentación y/o manuales que carecen de un contenido intelectual independiente del programa a que se refieren, y que no serían susceptibles de protección bajo las reglas ordinarias de derecho de autor aplicable a las obras literarias. Respecto a manuales independientes que sobre los programas de ordenador se pudieran elaborar por el mismo autor del programa u otro diferente, estos se verán protegidos por la protección que sobre el derecho de autor aplica a las obras literarias.

El artículo 96.2 LPI, referido al requisito de originalidad de los programas de ordenador, establece que «será protegido únicamente si fuese original, en el sentido de ser una creación intelectual propia de su autor». No es necesario que se dé ninguna condición adicional -e. g. que aporte novedad, que sea más rápido, funcional o que contenga menos deficiencias que otros ya existentes- para que le resulte de aplicación la protección incluida en la LPI.

No se protegen, según se desprende de los artículos 96.3 y 96.4 LPI así como de los principios esenciales de los derechos de autor, las ideas y principios en los que se basa un *software* ni los que pudieran servir de fundamento a sus interfaces<sup>423</sup>. En lo referido a la interfaz gráfica de usuario, ya sea entendida esta

---

<sup>422</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Comentario al artículo 96.º LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 1.268.

<sup>423</sup> Según se establecía en la Exposición de Motivos de la Ley 16/1993, se define la interfaz de un *software* como «todo dispositivo, físico o lógico, que permite la conexión facilitando el intercambio de información entre dos equipos o entre equipo y usuario». La comunicación entre el ordenador y

en su conjunto o como elementos independientes de un *software*, no constituye una forma de expresión, tal y como se define en el artículo 96.3 LPI. Por ello, no debe entenderse protegida por el mismo<sup>424</sup>.

### 5.2.3.3 Concepto de virus y gusano informático

Se puede definir un virus informático como un programa informático o segmento de programa indeseado que se desarrolla, multiplica, auto-reproduce, contamina incontroladamente y genera efectos destructivos o perturbadores en un programa o componente de un sistema informático. Su finalidad, por tanto, es destruir, alterar, inutilizar o dañar los datos, componentes o programas alojados en un sistema o red informática. Un ejemplo de ellos podría ser el «caballo de Troya» que consiste en insertar, de forma encubierta, instrucciones adicionales en un programa para que este ejecute funciones no autorizadas cuando se encuentre en producción y tenga acceso a todos los archivos de datos que están asignados para el uso de dicho programa.

El gusano informático, por su parte, se diferencia del virus en que no intenta infectar otros ficheros. Su objetivo principal es propagarse a otros ordenadores de la forma más rápida posible. Para ello, el gusano se introduce, aprovechando agujeros de seguridad, en un ordenador o red, creando una copia de sí mismo e intentando introducirse en todos los ordenadores a los que pueda tener acceso.

La normativa sobre propiedad intelectual no ofrece protección alguna a los programas de ordenador que hubieran sido creados con la finalidad de ocasionar

---

el usuario se produce, hoy día, a través de presentaciones en monitores en las que el ordenador le proporciona texto, imágenes, videos, etc., aunque también se está popularizando la comunicación bidireccional por voz.

<sup>424</sup> Sin embargo, eso no obvia para que la interfaz *per se* o los elementos que la conforman, considerados de forma independiente, sí puedan estar protegidos como obras -literarias o artísticas- por la LPI.



efectos nocivos a un sistema informático, ya sea en la forma de virus o como gusano informático, por atentar estos contra el principio general de respeto al orden público. Esta falta de protección permite, además, que cualquiera pueda analizarlos y realizar ingeniería inversa con la finalidad que considere oportuna. Piénsese, como ejemplo, la posibilidad de conocer en detalle cómo funciona dicho código para poder crear antivirus que evite los efectos nocivos de un virus.

Es más, el artículo 264.2 CP tipifica como una conducta delictiva «el que por cualquier medio, sin estar autorizado y de manera grave obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, introduciendo, transmitiendo, dañando, borrando, deteriorando, alterando, suprimiendo o haciendo inaccesibles datos informáticos, cuando el resultado producido fuera grave», conducta en la que tendría cabida un virus o gusano que alcanzase su objetivo dañino, aplicándose penas de prisión de seis meses a tres años.

---

## 5.3 Tipología de obras

A continuación se analizan los distintos tipos de obras que pueden crearse dependiendo de su autoría.

### 5.3.1 Obra en colaboración, obra colectiva y obra compuesta

#### 5.3.1.1 Obra en colaboración

En relación a la obra en colaboración, el artículo 7.1 LPI establece que «los derechos sobre una obra que sea resultado unitario de la colaboración de varios autores corresponden a todos ellos». En virtud de lo anterior, estaremos ante una obra creada por varios autores como obra colectiva cuando se dé alguno de los siguientes supuestos *-numerus apertus-*: (i) que pueda separarse o distinguirse la aportación de cada uno de los coautores; o (ii) que sea factible la explotación individual de las aportaciones de cada uno de los coautores. Pudiera darse el

supuesto en el que la aportación para la creación de una obra de uno de los coautores sea muy inferior a la del resto o que, incluso, los coautores no se conozcan entre sí<sup>425</sup>. Si aplicamos lo anterior a una relación de *outsourcing*, las posibilidades de autoría pueden ser variadas: del cliente y del prestador, de varios prestadores, de un único prestador y varios clientes, etc.

La duración de los derechos de explotación sobre una obra en colaboración es de setenta años desde el fallecimiento del último coautor<sup>426</sup>. El artículo 97.3 LPI, referido al *software*, no establece novedad alguna ni tampoco cambia el régimen general aplicable a las obras en colaboración, por lo que será de aplicación a éste lo mencionado con anterioridad.

#### 5.3.1.2 Obra colectiva

En lo que respecta a la obra colectiva, para que una obra pueda ser considerada como tal han de darse los siguientes requisitos: (i) que esta se hubiera creado por iniciativa y bajo la coordinación de una persona natural o jurídica, la cual la edita y divulga bajo su nombre; (ii) que para su creación hubieran sido necesarias aportaciones de diferentes autores; y (iii) que fuera imposible atribuir separadamente a cualquiera de los autores un derecho sobre el conjunto de la obra realizada. Siempre que se dieran los requisitos anteriores y que no hubiera existido un pacto en contrario, el artículo 8 LPI establece que los derechos exclusivos sobre una obra colectiva corresponderán a la persona que la editó y divulgó bajo su nombre.

---

<sup>425</sup> Un ejemplo de esto pudiera ser cuando un tercero, actuando como coordinador, solicita la colaboración de varios autores para la creación de una obra y, a su vez, este es participante activo en la misma.

<sup>426</sup> *Vid.* artículo 28.1 LPI.

Los requisitos anteriores, cuando se refieren a los programas de ordenador, deberán interpretarse, en opinión de J. P. APARICIO y J. DELGADO, de forma adecuada a la realidad de estos: «pues editar no suele considerarse actividad propia de las *software houses*, y divulgar no es término que, en principio, pueda aplicarse a la puesta en el mercado de ejemplares en código máquina que, contra lo que divulgar significa, conservan secreto su contenido intelectual. Ni siquiera equiparando divulgación a distribución se darán siempre sus requisitos cuando el programa se elabora para un solo cliente o pequeño número de ellos. Por ello, debieran interpretarse estas expresiones (el requisito en sí) de forma amplia (comercializar, poner a disposición del público, entregar al cliente, etc.)<sup>427</sup>».

La obra colectiva es la única a la que la LPI atribuye originariamente titularidad -que no autoría- tanto a personas naturales como a personas jurídicas, atribución que se hereda de la idea del *copyright* que se concede al empresario en el sistema jurídico anglosajón<sup>428</sup>. Este supuesto es el más habitual cuando se desarrolla un programa de ordenador comercial: un grupo numeroso de programadores desarrollan un *software*, siendo responsable de la coordinación de estos la compañía de *software* que los tiene contratados. Piénsese, por ejemplo, en el desarrollo y posterior evolución de un programa de ordenador como Microsoft Windows®, Microsoft Office®, Adobe Photoshop®, Autodesk AutoCAD®, iOS®, etc.

---

<sup>427</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Comentario al artículo 96.º LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO., *op. cit.*, p. 1.308.

<sup>428</sup> Recuérdesse que, en Estados Unidos, no se reconocen derechos morales, excepto a artistas plásticos y visuales, sino que por la atribución del *copyright* a la persona jurídica se están atribuyendo todos los derechos posibles sobre la obra.

La duración de los derechos de explotación sobre una obra colectiva es de setenta años desde la divulgación lícita de la obra protegida<sup>429</sup>. El artículo 98.2 LPI, referido al *software*, establece que «cuando el autor sea una persona jurídica la duración de los derechos [...] será de setenta años, computados desde el día 1 de enero del año siguiente al de la divulgación lícita del programa o al de su creación si no se hubiera divulgado». A pesar que la norma es clara respecto a la duración de la protección en relación al *software*, en mi opinión esta resulta excesiva, ya que su explotación comercial real es muy inferior, quedando el *software* obsoleto mucho antes de que transcurran setenta años desde la divulgación de la obra. De hecho, a la fecha de redacción del presente trabajo no existe ningún programa informático que haya pasado al dominio público por haber expirado su protección.

#### 5.3.1.3 Obra compuesta

En virtud del artículo 9 LPI, se entiende por obra compuesta aquella obra nueva que incorpora una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última, aunque sí con su autorización. En la obra compuesta, los derechos de explotación del autor de la obra preexistente son independientes de la obra nueva que se crea, o sea, de la que es compuesta.

Los derechos de explotación de la obra compuesta durarán toda la vida del autor y setenta años después de su fallecimiento<sup>430</sup>.

---

<sup>429</sup> Vid. artículo 28.2 LPI.

<sup>430</sup> Vid. artículo 26 LPI.

## 5.3.2 Obras creadas por asalariados

### 5.3.2.1 De las obras en general

En este caso habrá que estar a lo que determine el contrato entre empresario y autor asalariado, y, a falta de dicho contrato, se presumirá que los derechos de explotación han sido cedidos en exclusiva y con el alcance necesario para el ejercicio de la actividad habitual del empresario en el momento de la entrega de la obra realizada en virtud de dicha relación laboral<sup>431</sup>.

### 5.3.2.2 De los programas de ordenador en particular

En lo referido a los programas de ordenador, la Directiva 91/250/CEE establecía en su artículo 2.3 que «cuando un trabajador asalariado cree un programa de ordenador en el ejercicio de las funciones que le han sido confiadas, o siguiendo las instrucciones de su empresario, la titularidad de los derechos económicos correspondientes al programa de ordenador así creado corresponderán, exclusivamente, al empresario, salvo pacto en contrario». Uno de los fundamentos para adoptar esta decisión es el hecho inequívoco de que cuando se está ante este supuesto es la empresa a la que pertenecen los trabajadores que desarrollan el *software* la que soporta la inversión y asume el riesgo de la inversión, por lo que parece razonable que desde que la obra se crea se le atribuyan a esta todos los derechos patrimoniales sobre la misma. En la actualidad, no sólo en el *outsourcing* sino también la mayor parte del *software* que se desarrolla, se hace bajo el esquema indicado: una pluralidad de autores con una relación laboral o

---

<sup>431</sup> Vid. artículo 51 LPI.

mercantil con el empresario, el cual se ocupa de la coordinación del trabajo de todos ellos y divulga o comercializa el programa informático bajo su nombre<sup>432</sup>.

Según reza el artículo 51.5 LPI, la titularidad de los derechos sobre un programa de ordenador creado por un trabajador asalariado en el ejercicio de sus funciones o siguiendo las instrucciones de su empresario se regirá por lo previsto en el artículo 97.4 LPI, como norma especial aplicable a los programas de ordenador. Este precepto, salvo que las partes hubieran acordado algo diferente, considera titular de los derechos de explotación al empresario. De esta forma, el trabajador asalariado conservará los derechos morales inherentes al programa de ordenador y corresponderán al empresario, de forma automática en el momento en el que el programa de ordenador se crea y sin necesidad de formalismo alguno, los derechos patrimoniales sobre el mismo. Esta cesión automática establecida por Ley obliga al trabajador asalariado a poner a disposición del empresario tanto el código máquina o fuente como el código objeto, la documentación generada y el manual de uso del programa de ordenador para que el empresario pueda llevar a cabo un uso y/o comercialización del *software* sobre el que ostenta todos los derechos patrimoniales. De no cumplirse con estas obligaciones, el trabajador incurriría en una infracción de sus derechos laborales y estaría expuesto a una posible causa de despido.

El empresario adquiere, por tanto, todos los derechos patrimoniales sobre el *software*<sup>433</sup>. Sin embargo, el artículo 97 LPI nada dice sobre si la transmisión de los derechos abarca únicamente las modalidades de explotación conocidas al momento de la transmisión o también aquellas que pudieran aparecer con

---

<sup>432</sup> GALÁN CORONA, E. *La creación asalariada del software y el secreto empresarial en su tutela*, Estudios homenaje a José Girón Tena, editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 411-431.

<sup>433</sup> *Vid.* artículo 99 LPI.

posterioridad. En este sentido, F. BONDIA<sup>434</sup> entiende que las nuevas modalidades estarían excluidas de la transmisión efectuada por Ley, tal y como lo establece de forma genérica para cualquier tipología de transmisión *inter vivos* el artículo 43.5 LPI. La postura contraria, la cual comparto, es mantenida por J. P. APARICIO y J. DELGADO<sup>435</sup>. Para él, la intención de la LPI es excluir al autor asalariado de cualquier contraprestación económica que pudiera derivarse del programa por él creado durante el desempeño de su actividad profesional. De no entenderse así, se podría estar ante situaciones en las que un empleado podría estar realizando competencia desleal a su propio empleador mediante la explotación del *software* a través de modalidades desconocidas en el momento de la transmisión. Ello no obvia para reconocer que esta interpretación choca de frente con los principios generales del derecho de autor al respecto, y que aparecen recogidos en el artículo 43 LPI, por los cuales se deduce que se entenderán transmitidos únicamente aquellos derechos -los mínimos- que fueran necesarios para cumplir con la finalidad del contrato. Siguiendo la postura de J. P. APARICIO y J. DELGADO, y a pesar del silencio mantenido al respecto por el artículo 97 LPI, tampoco resultarán de aplicación los límites temporales y de ámbito territorial establecidos en el artículo 43.2 LPI, ya que la finalidad y objeto del contrato<sup>436</sup> los hacen ineficaces. Por último, esta transmisión deberá entenderse, por idéntico motivo, en exclusiva. El artículo 97.4 LPI establece la posibilidad de que las partes pacten lo contrario, limitando en el momento de la transmisión la duración, alcance territorial, derechos patrimoniales, participación del autor asalariado en los posibles beneficios que se pudieran obtener de la explotación del *software*, etc.

---

<sup>434</sup> RODRIGUEZ TAPIA, J.M. y BONDIA ROMAN, F., *op. cit.*, p. 365.

<sup>435</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRIA, J., “Comentario al artículo 97.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pp.1.320-1.321.

<sup>436</sup> *Vid.* artículo 51.4 LPI.

Quedarían fuera de la aplicación del artículo 97.4 LPI las peticiones de creación de un programa de ordenador -a medida o por encargo- que pudiera realizar una empresa a un tercero ajeno a la plantilla del prestador, al carecer este supuesto de la característica de dependencia -con la consiguiente obligación, por parte del empresario, de organizar y dirigir el desarrollo del programa- que sí se da en una relación laboral. De igual forma, tampoco resultaría de aplicación lo establecido en el artículo 97.4 LPI a aquellos programas de ordenador que el trabajador hubiera desarrollado con anterioridad al inicio de la relación laboral o sobre los programas de ordenador que el trabajador hubiera creado fuera del horario de trabajo, inclusive si para ello hubiera aplicado conocimientos adquiridos en virtud de este. En este último supuesto, podrían entrar en juego las reglas de competencia desleal, pero no las establecidas en la LPI en relación a la titularidad de los programas de ordenador desarrollados por un trabajador asalariado<sup>437</sup>.

### 5.3.3 **Software desarrollado por encargo**

Las necesidades concretas de cada empresa hacen que, en algunos casos, no se encuentren entre las ofertas comerciales existentes el *software* que contenga las funcionalidades que estas requieren para su negocio, por lo que se ven en la necesidad de contratar el desarrollo de un programa de ordenador a medida. Si este fuera el caso, resulta más que conveniente regular con carácter previo al inicio de los trabajos, el régimen del encargo a realizar, pactar si será el cliente o el prestador el ostentará los derechos de explotación, si existe la obligación o no de entregar el código fuente, etc.

En la LPI no se regulan los supuestos en los que un subcontratista desarrolla un programa de ordenador para el prestador que a su vez ha

---

<sup>437</sup> Sobre la materia es abundante la jurisprudencia, destacando la STS de 12 de diciembre de 1988 o la STS de 17 de mayo de 2003.



comprometido esta obligación con su cliente ni tampoco cuando el prestador desarrolla un programa de ordenador para un cliente. En el primer supuesto, lo habitual es que el subcontratista ceda todos los derechos patrimoniales al prestador, estándose en todo caso a lo establecido en el contrato que regule la relación profesional entre ambos. Sin embargo, en el segundo supuesto que se menciona, podría suceder que el cliente no desee abonar la contraprestación económica necesaria para obtener en exclusiva todos los derechos patrimoniales sobre el *software*, sino únicamente aquellos que realmente necesita para cumplir con la finalidad para la cual contrató al prestador, sin importarle que este pueda comercializar con terceros el *software* desarrollado, si acaso, con las limitaciones que las partes pudieran pactar -e. g. no comercialización durante un plazo determinado a empresas competidoras del cliente o no comercialización en una determinada área de actividad.-. Tampoco se debe descartar, particularmente en aquellos supuestos en los que el cliente ha participado activamente en la realización del análisis funcional y entiende que la labor de programación se ha efectuado de acuerdo con sus directrices, que este solicite al prestador que comparta los beneficios -a través del abono de los *royalties* que pudieran pactar- que se obtengan de la citada comercialización a terceros. De no establecerse nada en el contrato, se deberá estar al objeto y finalidad pactados por las partes para concretar los derechos de explotación concretos que se han cedido -siendo estos los mínimos que fueran indispensables para cumplir con la finalidad del contrato-, el ámbito territorial de la cesión, la duración de la cesión y si esta tiene o no carácter exclusivo<sup>438</sup>.

Otro aspecto directamente relacionado con lo anterior es el de la obligación o no de proceder a la entrega del código fuente del programa desarrollado por encargo para un cliente con la finalidad que este pueda o no modificarlo y/o adaptarlo en el futuro. Con carácter general, el prestador puede ceder al cliente el

---

<sup>438</sup> Vid. artículo 43.2 LPI.

código objeto o programa compilado, pero la cesión del código fuente significaría renunciar a una serie de derechos que la LPI le confiere y que pueden contribuir a la divulgación no autorizada a terceros de su *know-how* o secretos empresariales. En relación a esto, entiende J. P. APARICIO y J. DELGADO <sup>439</sup> que, a pesar de no haberse pactado en el contrato y salvo que se hubiera estipulado expresamente lo contrario, el autor deberá entregar el código fuente al cliente según lo establecido en el artículo 1.258 CC, para no limitar los derechos de propiedad intelectual de este. Sin embargo, el hecho de que se produzca la entrega no significa que, salvo que se hubiera pactado expresamente así, se esté cediendo la propiedad sobre mismo ni que se permita que el cliente lo comercialice a terceros, debiendo el cliente hacer uso del citado código fuente únicamente para cumplir con el objeto y la finalidad acordada en el contrato.

---

## 5.4 Facultades del autor sobre su obra

### 5.4.1 Introducción

A diferencia de lo que ocurre con la propiedad ordinaria que se tiene sobre un objeto material preexistente, adquirido por su propietario a través de las distintas fórmulas establecidas en el CC, cuando se habla de propiedad intelectual, esta recae sobre un objeto inmaterial que nace automáticamente atribuido a la persona que lo ha creado. Para ello, obviamente, su titular ha debido divulgar su obra y esta habrá de cumplir con los requisitos que le garanticen la protección, de conformidad a lo establecido en la LPI.

Nuestra LPI hace alusión, en sus distintos apartados, a la propiedad intelectual entendida como el conjunto de derechos que corresponden al autor,

---

<sup>439</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 97.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pp.1.326-1.327.

distinguiendo la norma tres tipos de facultades: morales, de explotación y otros derechos. Los primeros van referidos al autor de la obra, mientras que los restantes atienden de forma concreta a los rendimientos económicos de la obra.

En opinión de F. RIVERO<sup>440</sup>, al hablar de derechos de propiedad intelectual el legislador se está refiriendo al conjunto o haz de facultades de dos clases, personal -que no de personalidad- y patrimonial, con una profunda relación entre sí aunque con un régimen diferente. A pesar de coincidir con la opinión expresada por este autor, en el presente trabajo se hablará indistintamente de derechos y facultades.

#### 5.4.2 Derechos morales

El derecho moral es el conjunto de facultades que integran el derecho subjetivo del autor. Así, este derecho pertenece al autor de una obra por el solo hecho de crearla. Las principales características de los derechos morales se enumeran a continuación: (i) son irrenunciables, siendo cualquier pacto en sentido contrario nulo de pleno derecho; (ii) son inalienables, por lo que no podrán ser transmitidos a terceros -ni a título gratuito, ni oneroso-, siendo nulo si ello se pactara por las partes<sup>441</sup>; (iii) son inembargables<sup>442</sup>, debiendo declararse nulo de pleno derecho cualquier embargo sobre los mismos<sup>443</sup>; (iv) son perpetuos<sup>444</sup>; (v) no

---

<sup>440</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. "Comentario al Libro Primero-Título Segundo-Sección Segunda LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 259.

<sup>441</sup> El artículo 1.271 CC establece que « [...] pueden ser igualmente objeto de contrato todos los servicios que no sean contrarios a las leyes o a las buenas costumbres ».

<sup>442</sup> *Vid.* artículo 605.1 LEC.

<sup>443</sup> *Vid.* artículo 609 LEC.

<sup>444</sup> A pesar de que esta característica no está expresamente contemplada en la LPI, es posible deducirla de la literalidad de los preceptos 15.1 y 16 LPI, para los derechos de paternidad y respeto a la integridad de la obra. Sin embargo, la perpetuidad no será de aplicación, en opinión de P. MARTÍNEZ, al resto de los derechos morales que enumera el artículo 14 LPI, que se extinguirán a

prescriben, permaneciendo las prerrogativas morales del autor aún en el supuesto de la falta de ejercicio de los derechos que le corresponden y sin importar el tiempo que transcurra; y (vi) no pueden ser expropiados.

A continuación se hace una reflexión de las facultades de carácter personal a las que hace referencia el artículo 14 LPI y que resultarán de aplicación, en mayor o menor medida, al *outsourcing*. A pesar de ser reconocidos por la LPI como facultades morales, no se analizan el derecho de retirada -artículo 14.6 LPI- ni el de acceso al ejemplar único -14.7 LPI -, por su más que improbable aplicación a las obras que pudieran crearse en virtud de un servicio de *outsourcing*.

#### 5.4.2.1 Decidir si su obra ha de ser divulgada y en qué forma

La divulgación se presenta en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho moral<sup>445</sup>, de carácter personalísimo y que otorga al autor de una determinada obra susceptible de protección por derecho de autor, decidir en qué forma se hará efectiva la divulgación y si la misma ha de hacerse con su nombre, bajo seudónimo, signo o anónimamente<sup>446</sup>. El artículo 4 LPI define la divulgación de una obra como toda expresión de la misma que, con el consentimiento del autor, la haga accesible por primera vez al público en cualquier forma. El concepto de divulgación se ve clarificado por el artículo 6.2 LPI<sup>447</sup>, identificándola con el acto de

---

la muerte del autor. Ello con la excepción del derecho a decidir la divulgación -artículo 14.1 LPI-, que sólo podrá ejercerse por las personas designadas en la LPI, en el plazo de setenta años desde la muerte del autor -artículo 15.2 LPI-, sin perjuicio de lo estipulado en el artículo 40 LPI. MARTÍNEZ ESPÍN, P. "Comentario al artículo 14.º LPI" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 212.

<sup>445</sup> *Vid.* artículo 14.1 LPI.

<sup>446</sup> *Vid.* artículo 14.2 LPI.

<sup>447</sup> El artículo 6.2 LPI establece que «cuando la obra se divulgue en forma anónima o bajo seudónimo o signo, el ejercicio de los derechos de propiedad intelectual corresponderá a la persona natural o jurídica que la saque a la luz con el consentimiento del autor, mientras este no revele su identidad».

sacar una obra a la luz con el consentimiento del autor<sup>448</sup>. Así, mediante la divulgación el autor permite a la sociedad el disfrute de la obra, esta deja de ser inédita y se otorga al autor de la misma la posibilidad de iniciar a su voluntad su explotación comercial<sup>449</sup>. Para el cómputo de determinados plazos de duración de derechos de explotación se toma como punto de partida la fecha de divulgación de la obra<sup>450</sup>.

Se entenderá que a una obra se le ha dado la publicidad oportuna y, por tanto, ha sido publicada, cuando se hubieran cumplido dos requisitos: (i) que la obra hubiera salido de la esfera privada de su creador hacia el público, y (ii) que ese público hubiera sido un grupo amplio de personas. El acto de divulgación es algo trascendente ya que implica, junto al ejercicio de una facultad moral del creador de una obra, el requisito indispensable para la explotación económica de la misma por el autor o terceros autorizados<sup>451</sup>.

Existen ciertas obras en las que, debido a la pluralidad de autores que intervienen en las mismas, el acto de la divulgación se puede hacer complejo. Piénsese, por ejemplo, en una aplicación informática desarrollada en colaboración

---

<sup>448</sup> La divulgación se diferencia de la publicación en que, mientras que la primera va referida a hacer accesible al público por primera vez una obra, la segunda supone la puesta a disposición del público de ejemplares de la misma que son reproducciones del original en los términos establecidos en el artículo 19 LPI. Lo anterior no impide que, en un mismo acto, se pueda producir la divulgación y distribución de una obra si la forma de divulgación elegida por el creador es la publicación. En la práctica, la publicación se identifica con los derechos patrimoniales de reproducción y distribución.

<sup>449</sup> Junto a lo anterior, desde su divulgación, la obra puede ser objeto de cita para fines docentes o de investigación en los términos establecidos en el artículo 32.1 LPI.

<sup>450</sup> El artículo 27.1 LPI establece que los derechos de explotación de las obras anónimas o seudónimas durarán setenta años desde su divulgación lícita. Por su parte, el artículo 27.2 LPI establece que los derechos antes mencionados de las obras que no hayan sido divulgadas lícitamente estarán vigentes setenta años desde la creación de estas.

<sup>451</sup> Muy relacionado con el derecho de divulgación encontramos el derecho de arrepentimiento, que resulta de difícil aplicación al *outsourcing*. A través del arrepentimiento, el autor de una obra ya divulgada ostenta la facultad de retirarla del tráfico si considera que cometió un error o si hubieran cambiado sus convicciones morales.

por el cliente y el prestador. El artículo 7.2 LPI exige para su divulgación el consentimiento de todos los coautores y, sólo en defecto de acuerdo y para evitar que la postura de uno o varios coautores impida la divulgación, el Juez resolverá. Otro ejemplo sería el de las obras colectivas, para las que el artículo 8.2 LPI reserva los derechos sobre las mismas -entre los que se incluiría el de divulgación- a su coordinador.

#### 5.4.2.2 Derecho de paternidad

Supone la facultad del autor a que se le mencione como tal en cada ejemplar<sup>452</sup> o publicidad de su obra, ya sea haciendo constar su nombre, firma o signo que le identifique. Así mismo, el autor tendrá el derecho a que se le mencione en el supuesto de que un tercero ejerza su derecho de cita sobre la obra, en los términos del artículo 32.1 LPI. La omisión del nombre del autor, su mención parcial o la atribución errónea de la autoría a un tercero implica una infracción del derecho moral de paternidad que podrá ser perseguida por el titular legítimo.

#### 5.4.2.3 Derecho a la integridad de la obra

El artículo 14.4 LPI reza que corresponde al autor «exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación». Así, el autor ostenta la facultad de exigir que su obra sea conocida tal y como fue concebida e impedir que esta sufra cualquier modificación o deformación sin su consentimiento. Sin embargo, para que la modificación contravenga el derecho moral del autor, deberá haberse alterado la obra y causado un perjuicio de los legítimos intereses de autor o menoscabo de su reputación.

---

<sup>452</sup> *Vid.* artículo 64.1 LPI.

P. MARTÍNEZ<sup>453</sup> manifiesta que se entenderá por «intereses legítimos» el conjunto de elementos estéticos e ideológicos que determinan la posición y el valor del autor en un determinado momento histórico, según el tipo de sociedad a la que pertenezca. Respecto a la «reputación», esta puede definirse como el sentimiento personal del autor sobre la propia capacidad creativa en relación a una obra determinada. En caso de que el autor vea mermada su reputación, éste podrá ampararse en la tutela judicial por las vías procesales ordinarias o por el procedimiento previsto en el artículo 53.2 CE. También podrá acudir, cuando proceda, al recurso de amparo ante el TC en virtud del artículo 9 de la LO 1/1982.

#### 5.4.2.4 Derecho de modificación

Según el artículo 14.5 LPI el autor tiene la facultad de «modificar la obra respetando los derechos adquiridos por terceros y las exigencias de protección de bienes de interés cultural». Para que el autor proceda a modificar su obra no se hace necesario alegar razón alguna, tal y como sí ocurre para la retirada de la obra del comercio o el ejercicio del derecho de arrepentimiento. No se debe confundir el derecho moral de modificación con el derecho patrimonial de transformación. Así, se entiende por modificación todo acto que suponga un cambio del contenido y de los rasgos esenciales de la obra - e. g. cambio en la estructura del *software*-, mientras que la transformación implica una alteración de la obra que dará lugar una obra derivada de la anterior, sin que se produzca una variación de los elementos sustanciales y definitorios de la obra original -e. g. actualización de una aplicación informática con ocasión de una nueva *release*-.

---

<sup>453</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, P. "Comentario al artículo 14.º LPI" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 223.

### 5.4.3 Derechos patrimoniales

El aspecto económico o patrimonial del derecho de autor consiste en el reconocimiento de ciertas facultades que permiten al autor obtener la utilidad pecuniaria que la obra reporte. Se puede decir que se explota una obra cuando esta es ofrecida al público para su consumo en algunas de las modalidades que se analizan a continuación, habitualmente a cambio de contraprestación económica.

Se trata de facultades concebidas por el legislador como *numerus apertus*<sup>454</sup>, independientes entre sí<sup>455</sup>, y con las únicas limitaciones que se establecen en la propia LPI<sup>456</sup>. Las citadas facultades pertenecen en exclusiva al autor<sup>457</sup>, siendo estas susceptibles de disposición<sup>458</sup> y, a voluntad del autor o legítimo titular, renunciables. Los rendimientos o frutos civiles que se deriven de su explotación podrán ser embargarse, pero no así los derechos de explotación en sí mismos<sup>459</sup>. La duración de los derechos patrimoniales es limitada en el tiempo, frente a los derechos morales que son, en principio, perpetuos<sup>460</sup>.

---

<sup>454</sup> Vid. artículo 17 LPI.

<sup>455</sup> Vid. artículo 23 LPI.

<sup>456</sup> Sin perjuicio de los derechos exclusivos del autor sobre la explotación de su obra, el ordenamiento jurídico garantiza a terceros determinados usos sobre la misma. Estos son conocidos como límites a los derechos de autor, tal y como dispone el Capítulo II, Título III, Libro I de la LPI - artículos 31 a 40-.

<sup>457</sup> Vid. artículo 17 LPI.

<sup>458</sup> El ejercicio de los derechos patrimoniales no siempre se realiza por el autor de forma personal, siendo habitual que el mismo se lleve a cabo mediante la cesión a un tercero de sus derechos, o de alguno de ellos, recibiendo el cesionario del autor una contraprestación económica derivada de su actividad. Para ello, las partes firmarán el pertinente contrato de explotación de la obra.

<sup>459</sup> Vid. artículo 53.2 LPI.

<sup>460</sup> Vid. artículo 26 LPI. En virtud de este, nuestro legislador contempla tanto las facultades conocidas en la actualidad como aquellas que pudieran aparecer en un futuro.



La facultades patrimoniales sobre una obra tienen una doble vertiente jurídica: (i) positiva, en el sentido de que el titular de los derechos puede reproducir o ceder a un tercero cualquiera de los derechos de explotación; y (ii) negativa, pudiendo el titular oponerlas frente a un tercero que ejerza alguno de los derechos de explotación sin su consentimiento, salvo las excepciones expresamente establecidas en la LPI<sup>461</sup>. Los principales derechos patrimoniales, que se explican en detalle a continuación, se regulan en los artículos 18 a 23 LPI.

Antes de analizar en detalle los distintos derechos de explotación conviene recordar las entidades de gestión y el papel que estas desempeñan en favor del titular de los derechos y los interesados en hacer uso de su obra. Estas entidades aparecen como intermediarios necesarios habilitados para la gestión colectiva de determinados actos de explotación secundaria de obras -i. e. cuando ya se ha producido un acto de explotación previo-, así como de su cobro y posterior reparto de las contraprestaciones económicas recaudadas. En rasgos generales, centralizan la contratación de licencias generales para la explotación secundaria de obras protegidas, lo que facilita sobremanera que cada titular deba de elaborar y conceder licencias individuales a cada uno de los usuarios potenciales de su obra. Su beneficio, muy probablemente, será mayor al realizarse la gestión de forma unificada y colectiva. Junto a ello, permite a los potenciales usuarios de una determinada obra tomar a las entidades de gestión como organismos de referencia para solicitar las pertinentes autorizaciones.

#### 5.4.3.1 Reproducción

##### 5.4.3.1.1 *De las obras en general*

---

<sup>461</sup> Vid. artículo 37 y 43 LPI.

Según se establece en el artículo 18 LPI, se entiende por reproducción la fijación directa o indirecta, provisional o permanente, por cualquier medio y en cualquier forma o soporte, de toda la obra o de parte de ella, que permita su comunicación o la obtención de copias.

La facultad de reproducción corresponde, en exclusiva, al autor de la obra<sup>462</sup> o, en su caso, al cesionario de esa facultad. En este último supuesto, se deberá respetar el ámbito objetivo, territorial y temporal que resulte de aplicación.

Con el auge de las nuevas tecnologías se ha ampliado el concepto y formas de representación del derecho de reproducción. Esa fue una de las razones que provocó la publicación de la Ley 23/2006 para, entre otros objetivos, clarificar el derecho de reproducción regulado por el artículo 18 LPI, sin alterar su concepto, añadiendo todas aquellas formas en que puede manifestarse y mitigando las posibles dudas sobre la efectiva inclusión de las reproducciones realizadas por sistemas digitales.

Según la forma de reproducción elegida pueden encontrarse, entre otras, las siguientes categorías: (i) reproducción gráfica, o forma de reproducción clásica en la que la obra se fija en papel mediante su impresión -un ejemplo podría ser la entrega en papel de la documentación de la aplicación informática desarrollada por el prestador al amparo del contrato de *outsourcing*-; y (ii) reproducción en la unidad de almacenamiento interna o externa del ordenador.

#### 5.4.3.1.2 *De los programas de ordenador en particular*

La utilización de un programa de ordenador hace necesaria su reproducción y, para ello se requiere la autorización del titular legítimo. En este sentido, el artículo

---

<sup>462</sup> Vid. artículo 17 LPI.

99.a) LPI reserva al titular de los derechos sobre el *software* la potestad de autorizar los actos que conllevan la reproducción del mismo; en concreto, se refiere a la carga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento en el disco duro de un ordenador o servidor.

Por reproducción se entiende tanto la instalación del programa para su posterior ejecución, como la realización de copias de seguridad del mismo en un soporte –e. g. CD-ROM, DVD, lápiz de memoria, etc.-, otorgando el artículo 99.a LPI al titular la facultad de controlar el número de ejemplares del programa de ordenador. Ello es así porque la propia naturaleza del programa de ordenador permite que, sobre un mismo ejemplar, se pueda autorizar que un único usuario o varios lo ejecuten. Inclusive, en estas facultades otorgadas al titular, se contempla la autorización necesaria para que el usuario legítimo realice reproducciones para su uso personal<sup>463</sup>, esfera esta más acotada que la de uso privado -que abarca el entorno familiar y de amistad-.

#### 5.4.3.1.2.1 Cesión del derecho de reproducción a los efectos del uso

La licencia de uso, también conocida como «licencia de usuario final» o *end user license agreement*, es un contrato *sui generis*, con reconocimiento legal en el artículo 99 LPI, en virtud del cual el licenciante cede al licenciataria el derecho de reproducción que le permite utilizar el programa de ordenador que se le entrega - físicamente o a través de Internet- con la finalidad establecida en el contrato. El otorgamiento de una licencia de uso por parte del licenciante al licenciataria es el medio a través del cual este último puede explotar dicho activo durante el tiempo, en el territorio y bajo los términos y condiciones pactados por ambos.

---

<sup>463</sup> Vid. el artículo 31 LPI, donde se regula la copia privada como límite a los derechos de explotación del autor.

El artículo 99 LPI indica que «la primera venta en la UE de una copia de un programa por el titular de los derechos o con el consentimiento del que lo fuera, agotará el derecho de distribución de dicha copia, salvo el derecho de controlar el subsiguiente alquiler del programa o de una copia del mismo». Por ello, con el objetivo por parte del licenciante de controlar el número de ejemplares existentes en el mercado y de retener la propiedad del *software*, es habitual que este utilice la licencia de uso como vía para comercializar su *software*.

La licencia de uso no consiste, propiamente, en una cesión de un derecho de explotación para que el licenciatarlo obtenga un beneficio, sino únicamente para que este pueda usar el *software*. Por tanto, las disposiciones generales contenidas en los artículos 42 y siguientes LPI no tendrán una aplicación directa, sino subsidiaria. Con carácter previo a su aplicación subsidiaria se deberá realizar un juicio de aplicabilidad, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 95 LPI.

Para J. P. APARICIO y J. DELGADO<sup>464</sup> la mención en el artículo 99 LPI de la «cesión del derecho de uso», en el marco del derecho de distribución, debe ser entendido como un *lapsus* del legislador derivado de una refundición de los textos legales<sup>465</sup>. En realidad, se está regulando una cesión del derecho de reproducción a efectos del uso. Como regla general, admitiéndose pacto en contrario cuando se produzca cesión del derecho de uso de un programa de ordenador, se entenderá que dicha cesión tiene carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose,

---

<sup>464</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 99.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pp.1.352-1.353.

<sup>465</sup> Esta expresión se había utilizado en el artículo 99.1 de la ya derogada Ley 22/1987, cuando el derecho sí se reconocía legalmente. En concreto, se establecía lo siguiente: «se entiende por cesión del derecho de uso aquel acto en virtud del cual el titular del derecho de explotación de un programa de ordenador autoriza a otro a utilizar el programa, conservando el cedente la propiedad del mismo. Se entenderá, salvo prueba en contrario, que la cesión del derecho de uso es de carácter no exclusivo e intransferible, presumiéndose asimismo que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario».

asimismo, que lo es para satisfacer únicamente las necesidades del usuario conforme a la finalidad perseguida. Estando de acuerdo en la interpretación mantenida por J. P. APARICIO y J. DELGADO, sin perjuicio de ello a los efectos de simplificar la redacción, en el presente trabajo se hará uso del concepto «licencia de uso» para hacer referencia a la cesión del derecho de reproducción a efectos del uso.

El régimen especial de límites sobre el *software*<sup>466</sup> establece una excepción a la necesaria autorización del titular de derechos para realizar cualquier reproducción, siendo posibles aquellos actos de fijación que sean necesarios para la utilización del *software* por parte del usuario legítimo. Esta excepción permite a dicho usuario utilizar el programa informático, en ausencia de contrato, en la medida necesaria para su finalidad, si bien es recomendable y habitual que el titular de derechos disponga de unas cláusulas generales para la utilización del mismo, especialmente cuando se quiere condicionar su uso. Salvo prueba en contrario, el contrato de licencia de uso tendrá un carácter no exclusivo -pudiendo el licenciante otorgar otros permisos similares a más licenciarios- e intransferible -no pudiendo el licenciario transmitir el contrato y las facultades por él adquiridas a terceros-.

La realidad es que el mercado acepta ampliamente la existencia de este derecho de uso, mencionándolo de esa forma en las referidas licencias de *software*. Las empresas propietarias del *software* se benefician de los derechos de explotación exclusiva que les reconoce la LPI y suelen obtener beneficio económico de la comercialización de copias del *software*. Así, otorgan al licenciario únicamente la facultad de usar el *software*. Este derecho incluye, entre otras, las siguientes facultades: la instalación del *software* en un número limitado de equipos, el inherente derecho a copiarlo en esos mismos equipos y su carga o ejecución. La lista de limitaciones sobre el *software* propietario suele ser, habitualmente, más

---

<sup>466</sup> Vid. artículo 99 LPI.

extensa. Respecto al uso del *software* encontramos principalmente las siguientes limitaciones: (i) debe darse al *software* un uso personal, impidiendo hacer uso de ese *software* para prestar servicios a terceros, a no ser que se contrate un producto específico para ello -abonando, normalmente, un importe superior-; (ii) su instalación sólo podrá realizarse en un número limitado de equipos o en una red local; (iii) el uso del *software* deberá hacerse en un tipo de ordenador determinado (PC, MAC, servidor, etc.). Respecto a la realización de copias de seguridad, se impide la realización por parte del usuario de copia alguna de las mismas. A pesar de esta restricción, el artículo 100 LPI permite, como se analiza más adelante, que el licenciatarlo pueda realizar copias cuando estas sean necesarias para el propio uso del *software* y/o para fines de seguridad o respaldo. Respecto a la modificación del *software*, el licenciante prohíbe cualquier acceso y/o modificación al código fuente, por lo que sólo entrega al licenciatarlo el código objeto del *software* para que este pueda ejecutarlo. Y, por supuesto, le prohíbe cualquier acto de descompilación. El artículo 100.5 LPI establece una excepción a esta prohibición: el usuario no requerirá autorización del licenciante para la reproducción del código y la traducción de su forma si ello es indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad del *software* con otros programas. Y ello siempre que, por un lado, el licenciante no le facilite la citada interoperabilidad de otra forma y, por otro lado, que la descompilación se limite exclusivamente al propósito de la interoperabilidad. A pesar de que lo anterior es algo habitual, existen en el mercado soluciones de *software* que permiten al usuario adaptarlas a sus necesidades particulares mediante parametrizaciones y personalizaciones -e. g. SAP® u Oracle®-. Respecto a la distribución del *software*, el licenciatarlo sólo podrá realizarla siempre que cuente con la autorización expresa del licenciante. Y esta autorización sólo se concede en casos excepcionales, reservándose los licenciantes la facultad de permitir la venta, alquiler, préstamo, etc. de la copia del *software* a un tercero.

#### 5.4.3.1.2.2 Licencias de uso como condiciones generales de contratación

De forma frecuente en la práctica ocurre -e. g. la mayoría de los servicios de *cloud computing*- y nada en la normativa aplicable lo impide, que las licencias de uso se formalicen como contratos de adhesión, siempre que cumplan con lo estipulado en LCGC. Las condiciones generales de la contratación se pueden dar tanto en las relaciones B2B como en las B2C. En uno y otro caso se exige que las condiciones generales formen parte del contrato, sean conocidas -o, en ciertos casos de contratación no escrita, que exista posibilidad real de ser conocidas-, aceptadas, y que se redacten de forma transparente, con claridad, concreción y sencillez.

Adicionalmente, se exige, cuando se contrata con un consumidor, que no sean abusivas. Tal y como se establece en la LCGC, el concepto de cláusula contractual abusiva tiene así su ámbito propio en la relación B2C. Y puede darse tanto en condiciones generales como en cláusulas predispuestas para un contrato particular al que el consumidor se limita a adherirse; es decir, siempre que no ha existido negociación individual. Esto no quiere decir que en las condiciones generales en relaciones B2B no pueda existir abuso de una posición dominante, pero tal concepto se sujetará a las normas generales de nulidad contractual. Es decir, nada impide que también judicialmente pueda declararse la nulidad de una condición general que sea abusiva cuando sea contraria a la buena fe y cause un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes, incluso aunque se trate de contratos B2B. Habrá que tener en cuenta en cada caso las características específicas de la contratación<sup>467</sup>.

El artículo 5 LCGC dispone que las condiciones generales deberán ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez, pasando a formar

---

<sup>467</sup> Vid. Exposición de Motivos de la LCGC

parte del contrato cuando se acepte por el adherente su incorporación al mismo y sea firmado por todos los contratantes. Cuando el contrato no deba formalizarse por escrito y el predisponente entregue un resguardo justificativo de la contraprestación recibida, bastará con que el predisponente anuncie las condiciones generales en un lugar visible dentro del lugar en el que se celebra el negocio, que las inserte en la documentación del contrato que acompaña su celebración o que, de cualquier otra forma, garantice al adherente una posibilidad efectiva de conocer su existencia y contenido en el momento de la celebración. En los casos de contratación electrónica será necesario que conste la aceptación de todas y cada una de las cláusulas del contrato, sin necesidad de firma convencional. En este supuesto, se enviará inmediatamente al consumidor justificación escrita de la contratación efectuada, donde constarán todos los términos de la misma<sup>468</sup>.

No podrá entenderse que ha habido aceptación de la incorporación de las condiciones generales al contrato cuando el adherente no hubiera tenido oportunidad real de conocerlas al completo en el momento de la celebración del contrato, ni cuando se trate de condiciones que fueran ilegibles, ambiguas, oscuras e incomprensibles, salvo que estas hubieran sido expresamente aceptadas por escrito por el adherente y se ajusten a la normativa específica que pudiera resultar de aplicación<sup>469</sup>.

#### 5.4.3.1.2.3 Licencias *shrink-wrap* y *click-wrap*

Con carácter general, los términos y condiciones de la licencia, impuestos por el licenciante y aceptados por el licenciario, pasan a ser un contrato vinculante entre las partes, en el que licenciante y licenciario asumen

---

<sup>468</sup> Vid. artículo 5.3 y 5.4 LCGC

<sup>469</sup> Vid. artículo 7 LCGC.



determinados derechos y obligaciones uno frente al otro, con relación al *software* objeto de la licencia.

En España y en el resto de países que se rigen por un sistema de sistema jurídico continental, siempre es necesario que exista aceptación por parte del licenciatario. Sin embargo, en el sistema jurídico anglosajón -por el que se rigen países como Estados Unidos o Reino Unido- se contempla además la posibilidad de que exista una licencia unilateral.

La licencia unilateral consiste en una declaración unilateral del licenciante, en virtud de la cual autoriza el uso del *software* a los que cumplan y respeten ciertas condiciones y límites, de conformidad con la Ley de derechos de autor que sea aplicable. La licencia unilateral sólo podrá regular los términos y condiciones de derecho de uso del *software*, sin imponer al licenciatario más obligaciones que las restricciones y límites al derecho de uso previstas por la legislación sobre propiedad intelectual que le sea aplicable.

La práctica comercial de los proveedores de *software* ha dado lugar a las conocidas licencias *shrink-wrap* o licencias *click-wrap*, las cuales suponen que ciertas acciones del usuario implican automáticamente que el comprador del paquete acepta los términos de la licencia de uso en él contenida.

En virtud de una licencia *shrink-wrap*, la apertura del paquete que contiene el *software* se considera por el licenciante la aceptación de la licencia del mismo por el usuario, y así se advierte expresamente en el exterior del paquete. Y ello aunque no sea posible acceder al contenido de la licencia de uso hasta que no se abra el paquete o se inserte el soporte en la unidad lectora del ordenador para proceder con la instalación del *software*.

Cuando un *software* se distribuye por Internet, se recurre habitualmente a la licencia denominada *click-wrap*, por la que el licenciante solicita, generalmente durante la descarga y/o instalación del *software*, la aceptación de la licencia al licenciatario. Aparece una casilla con el texto «aceptar», «sí», «acepto las condiciones de la licencia» o similar, que el usuario debe clicar para seguir adelante con el proceso de descarga y/o instalación. En ese instante, el licenciatario puede acceder al texto de la licencia.

Tanto en el supuesto de *shrink-wrap* como en el de *click-wrap* se cuestiona si, en efecto, se produce o no una aceptación real y válida. Con carácter general, tal y como están concebidas las licencias *shrink-wrap*, estas no serán válidas en España ya que la simple rotura del envoltorio del paquete en el que se contiene el *software* no puede considerarse una aceptación real y válida por parte del usuario de los términos de la licencia. Por su parte, en las licencias *click-wrap* los licenciantes se aseguran que, antes de la descarga o instalación del programa, el usuario del programa tenga acceso al texto de la licencia y debe aceptarlo expresamente para poder continuar con la instalación y ejecución. De este modo, la licencia *click-wrap* sí supondrá una aceptación válida y, por tanto, vinculante para el licenciatario.

#### 5.4.3.2 Distribución

Se entiende por distribución la puesta a disposición del público del original o de las copias de la obra, en un soporte tangible, mediante su venta, alquiler, préstamo o de cualquier otra forma. La comercialización de programas de ordenador en soportes tangibles es un ejemplo de ejercicio del derecho de distribución.

Nuestra LPI reserva al autor de la obra o titular legítimo, a través del derecho de distribución, la facultad de introducir su obra en el tráfico económico-jurídico y

comercializarla. De esta forma, la LPI no pretende garantizar el monopolio de la comercialización de su obra, sino asegurar que la circulación y eventual comercialización de la obra original o de sus copias respetan las condiciones de precio, ámbitos temporal y territorial así como cualquier otra que hubiera sido acordada con el autor o titular legítimo.

No debe confundirse la distribución con la divulgación. En el caso de la facultad moral de divulgación, el autor decide si la obra sale a la luz o no, cuándo, cómo y en qué forma. En el supuesto de la facultad patrimonial de distribución, el autor o titular legítimo decide sobre la circulación posterior de la obra original o sus copias tras la divulgación de esta.

Al igual que ocurrió con el derecho de reproducción, la Ley 23/2006 mejoró y aclaró el derecho de distribución, estableciendo que los titulares tienen reconocido este derecho circunscrito a la explotación de la obra incorporada en un soporte tangible, acotándose así su alcance y evitando la confusión significativa que a veces ocurre entre la distribución y la comunicación pública en el ámbito de la explotación digital de la obra. Asimismo, en virtud del artículo 19.2 LPI, la primera venta u otra transmisión de la propiedad no supone la extinción del derecho de distribución, sino que únicamente se pierde la facultad de autorizar o impedir posteriores ventas o transmisiones de la propiedad y, además, únicamente dentro del territorio de la UE, también llamado agotamiento comunitario.

#### 5.4.3.3 Comunicación pública

##### 5.4.3.3.1 *De las obras en general*

La comunicación pública se distingue de la distribución en que para que la primera ocurra no es necesaria la previa distribución de ejemplares<sup>470</sup>, algo que sí constituye un requisito en la distribución. En el ámbito digital, mediante la puesta a disposición interactiva o transmisión de una obra a través de Internet, el usuario final obtiene la obra descargándola de Internet.

La novedad más destacable introducida por la Ley 23/2006 es el reconocimiento explícito del derecho de puesta a disposición interactiva, mediante el cual una persona puede acceder por procedimientos alámbricos o inalámbricos a las obras desde el lugar y en el momento que elija. Conforme a ello, se atribuye expresamente a los autores un derecho exclusivo sobre esta modalidad de comunicación pública. La puesta a disposición de programas de ordenador para su descarga por Internet se trataría, según lo comentado, de un derecho de comunicación pública<sup>471</sup>.

#### 5.4.3.3.2 *De los programas de ordenador en particular*

En la actualidad, una de las modalidades más habituales para la comercialización de *software* es a través de Internet. A pesar de no encontrarse expresamente recogida la comunicación pública en el artículo 99 LPI, nada impide que los titulares del *software* puedan ejercitar este derecho patrimonial.

En relación a esta modalidad de comercialización, cabría distinguir dos escenarios. Por un lado, la comercialización entendida en los términos del artículo 19 LPI, en aquellos supuestos de comercio electrónico indirecto en los que el titular del *software* utiliza Internet únicamente como medio de contratación, suministrando el *software* en soporte físico fuera de Internet -mediante correo postal, recogida en

---

<sup>470</sup> Vid. artículo 20.1.1º LPI.

<sup>471</sup> Vid. artículo 20.2.i) LPI

establecimiento mercantil, etc.-; y por otro lado, la comercialización entendida en los términos de la puesta a disposición interactiva -dentro de la comunicación pública del artículo 20.2.i) LPI-, en los supuestos de comercio electrónico directo en los que el titular del *software* permite la descarga del *software* en formato electrónico a través de Internet.

#### 5.4.3.4 Transformación

##### 5.4.3.4.1 *De las obras en general*

La transformación de una obra comprende su traducción, adaptación y cualquier otra modificación en su forma de la que derive una obra diferente. El artículo 11 LPI establece que, sin perjuicio de los derechos de autor sobre la obra original, también son objeto de propiedad en cuanto a creaciones a su vez originales, las siguientes obras de carácter derivado: traducciones, revisiones, actualizaciones y, con carácter general, cualquier transformación de una obra literaria, artística o científica. Estas obras también deben ser originales y el autor de las mismas ostentará los derechos patrimoniales a los que se refiere la LPI. Dichas transformaciones pertenecen, salvo que se acuerde lo contrario, a quien las realiza<sup>472</sup>.

##### 5.4.3.4.2 *De los programas de ordenador en particular*

Todas las modalidades de transformación de un programa de ordenador, sin excepción, quedan reservadas a su titular<sup>473</sup>. La creación de programas derivados de otros existentes parece la modalidad de transformación más evidente, pero no

---

<sup>472</sup> Vid. artículos 11 y 21 LPI respecto a la titularidad de las transformaciones de una obra.

<sup>473</sup> Vid. artículo 93.6 LPI en relación a la extensión de la protección a las versiones sucesivas de *software* y la creación de programas de ordenador derivados.

es la única. Piénsese, por ejemplo, en la reescritura del lenguaje de programación sobre el que se desarrolló el programa original a otro distinto.

La entrega del código fuente va ligada, casi inevitablemente, a la cesión del derecho de transformación. Habitualmente, el prestador que autoriza al cliente a la modificación, arreglo, adaptación, o creación de sucesivas versiones de un *software* que ha desarrollado, hace entrega a este del código fuente, ya que únicamente teniendo el código objeto o programa compilado no pueden realizarse los actos mencionados.

#### **5.4.4 Límites a los derechos patrimoniales del autor**

##### **5.4.4.1 De las obras en general**

Al igual que ocurre con otros derechos, los referidos a la propiedad intelectual no son absolutos o ilimitados. En relación a estos, existen determinados límites o excepciones a los derechos patrimoniales. En determinadas circunstancias se permite realizar alguna de las operaciones que se indican en el presente apartado -reproducción, distribución, etc.- sin contar con la autorización del autor o el legítimo titular de los derechos. Sin embargo, estas excepciones a los derechos patrimoniales no deben interpretarse, de forma generalizada, para permitir su aplicación de manera que ocasionen un perjuicio injustificado a los intereses legítimos del titular o que vayan en contra de la explotación ordinaria de la obra en cuestión. Las excepciones o límites, aplicables al objeto de este trabajo<sup>474</sup>, serían el de cita y el de utilización de bases de datos por el usuario legítimo.

---

<sup>474</sup> El Capítulo II LPI, en referencia a límites a los derechos patrimoniales del autor, excluye la aplicación a los programas de ordenador de las reproducciones provisionales y copia privada - artículo 31 LPI-. Asimismo, hay otros como la parodia que parecen tener difícil aplicación en una relación negocial de *outsourcing*.

En relación al límite de cita, según indica el artículo 32.1 LPI, «es lícita la inclusión en una obra propia de fragmentos de otras ajenas de naturaleza escrita, sonora o audiovisual [...], siempre que se trate de obras ya divulgadas y su inclusión se realice a título de cita o para su análisis, comentario o juicio crítico. Tal utilización sólo podrá realizarse con fines docentes o de investigación, en la medida justificada por el fin de esa incorporación e indicando la fuente y el nombre del autor de la obra utilizada». Un ejemplo del límite de cita aplicado al *software* sería la reproducción de fragmentos de código fuente de carácter público o de pantallas, librerías, para cumplir con la finalidad descrita en el artículo 32 LPI, estando permitido siempre que aquel que lo ejerciera respetase las posibles limitaciones que pudieran aplicar al *software* que se citase -e. g. prohibición de descompilación<sup>475</sup>-.

Respecto a la utilización de bases de datos por el usuario legítimo, el artículo 34 LPI establece que «el usuario legítimo de una base de datos [...] podrá efectuar, sin la autorización del autor de la base, todos los actos que sean necesarios para el acceso al contenido de la base de datos y a su normal utilización por el propio usuario, aunque estén afectados por cualquier derecho exclusivo de ese autor. [...] No se necesitará la autorización del autor de una base de datos [...] que haya sido divulgada: (i) cuando, tratándose de una base de datos no electrónica, se realice una reproducción con fines privados; (ii) cuando la utilización se realice con fines de ilustración de la enseñanza o de investigación científica siempre que se lleve a efecto en la medida justificada por el objetivo no comercial que se persiga e indicando en cualquier caso su fuente; o (iii) cuando se trate de una utilización para fines de seguridad pública o a efectos de un procedimiento administrativo o judicial».

---

<sup>475</sup> Vid. artículo 100 LPI.

#### 5.4.4.2 De los programas de ordenador en particular

Junto a los anteriores límites, se deberán tomar en consideración los establecidos específicamente para el *software* en el artículo 100 LPI. Este precepto no sólo regula límites sino también derechos del usuario legítimo<sup>476</sup> en relación con el *software* adquirido que, tomando en consideración los intereses en juego, debe ostentar siempre que su ejercicio se lleve a cabo de conformidad a la finalidad acordada por las partes.

Las principales limitaciones incluidas en los contratos de adhesión por los que los licenciantes otorgan al licenciatario el derecho de uso de un *software* van dirigidas a impedir que este realice actos de copia, transmisión<sup>477</sup> y descompilación del mismo. Esta última limitación, muy habitual en las licencias de uso otorgadas sobre *software* propietario, impide al licenciatario realizar actos destinados a obtener acceso al código fuente del *software* a partir del código objeto. La finalidad de obtener el código fuente puede ser diversa, ilícita o legal: plagio total o parcial del *software*, realizar las modificaciones pertinentes para que el *software* interopere con otros programas informáticos<sup>478</sup>, corregir errores, etc.

Si no se dijera nada en el contrato, el licenciatario podrá ejercitar los derechos contenidos en el artículo 100 LPI. Sin embargo, el mismo precepto admite que las partes acuerden lo contrario en el documento que regule su relación contractual. Si el licenciante decidiera limitar alguno de los derechos que se otorgan

---

<sup>476</sup> El término «usuario legítimo», habitualmente conocido como usuario final, hace referencia al comprador, licenciatario, arrendatario o persona autorizada por alguno de estos para usar el programa en su nombre. Un usuario legítimo podría dejar de serlo en aquellos supuestos en los que utilice el *software* de forma ilícita o incumpla los términos contenidos en la licencia de uso.

<sup>477</sup> La limitación referida a la transmisión tiene su razón de ser en que, de este modo y como se ha expuesto en este trabajo, los titulares evitan el agotamiento del derecho de distribución para el territorio de la UE y, junto a lo anterior, puedan controlar la cantidad de copias que se distribuyen de su *software*.

<sup>478</sup> Vid. artículos 100.5 a 100.7 LPI.



al licenciatario, el primero deberá obligarse contractualmente a realizarlo para el licenciatario<sup>479</sup>. Y ello en virtud de lo establecido por el artículo 5.5 de la Directiva 2001/29/CE, que establece que las excepciones y limitaciones únicamente se aplicarán en casos concretos, siempre que no entren en conflicto con la explotación normal de la obra o prestación y no perjudiquen injustificadamente los intereses legítimos del titular del derecho.

#### 5.4.4.2.1 *Reproducción o transformación para la utilización del software*

En virtud de lo establecido por el artículo 100.1 LPI, el usuario legítimo está facultado para reproducir el programa de ordenador con la finalidad de ejecutarlo y cumplir así con la finalidad propuesta entre él y el licenciante. De esta forma, podrá realizar la precarga, presentación, ejecución, transmisión o almacenamiento - instalación del programa en el disco duro- del programa, siempre que ello fuera necesario para su reproducción y respetando el límite de equipos y cualquier otra restricción que hubiera acordado con el licenciante.

En lo relativo a la transformación, el artículo 99.b LPI otorga al titular del *software* los derechos exclusivos a traducir, adaptar, arreglar o realizar cualquier otra transformación del mismo. Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 100.1 LPI otorga al usuario legítimo la facultad de modificar el programa de ordenador –i. e. de realizar cualquiera de los actos enunciados en el artículo 99.b LPI- para utilizarlo, cumpliendo así la finalidad acordada con el licenciante.

Mediante la transformación, el usuario legítimo puede adaptar el programa al entorno de *hardware* y *software* en el que este se vaya a ejecutar así como

---

<sup>479</sup> Como ejemplo, si el licenciante prohíbe la descompilación de su *software*, deberá responsabilizarse de corregir los posibles errores que en el *software* pudieran detectarse -ya sea a través de parches, liberando versiones corregidas o de cualquier otra forma que estime oportuna-.

aplicarle parches, actualizaciones, mejorarlas y que sirva a la finalidad para la que fue adquirido.

#### 5.4.4.2.2 Corrección de errores

Como es sabido, los programas de ordenador adolecen de errores o fallos que puede derivarse de múltiples factores: una mala interpretación del algoritmo, errores en las instrucciones o defectos en el momento de la programación, conflictos con otros programas que se pudieran estar ejecutando simultáneamente, agujeros de seguridad, etc.

De forma habitual, para llevar a cabo la corrección de errores es indispensable el acceso al código fuente del programa, algo que el licenciante suele prohibir de forma expresa al licenciataro o usuario legítimo -impidiéndole realizar actos de descompilación y/o ingeniería inversa-. Sin embargo, esta práctica supone que el usuario legítimo no puede ejercer un derecho que por Ley le corresponde, pudiendo dejar a este con un *software* defectuoso o inútil. En opinión de J. P. APARICIO y J. DELGADO<sup>480</sup>, esto implicaría las pertinentes responsabilidades para el titular en virtud del Derecho contractual y, de resultar aplicable, de protección de consumidores. Por tanto, en su opinión, la referencia a la «disposición contractual en contrario» que hace alusión el artículo 100.1 LPI tiene por virtud, a lo más, hacer que el titular asuma -bien gratuitamente, bien a cambio de un precio razonable- tales labores en el seno de un contrato de mantenimiento o, como sucede en la práctica de los programas de distribución masiva, mediante la entrega a los usuarios de parches, actualizaciones, o los llamados *service packs*<sup>481</sup>. Cuando

---

<sup>480</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Comentario al artículo 99.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, pp.1.373-1.374.

<sup>481</sup> Una excepción a ello sería el *software* libre. Por regla general, las licencias de este tipo de *software* permiten al usuario el acceso al código fuente, modificarlo y transformarlo. A cambio el

se está ante un encargo de un programa de ordenador a medida y aunque no se hubiera acordado expresamente por las partes la obligación del prestador de entregar el código fuente al término de su desarrollo, en virtud de lo establecido por el artículo 1.258 CC<sup>482</sup> y, entre otras, por la STS de 17 de mayo de 2003<sup>483</sup>, podría entenderse que existe tal obligación ya que, de lo contrario, el que encargó el *software* no podrá actualizarlo ni introducirle mejoras. Una disposición en contrario que no permita al usuario legítimo corregir errores o realizar transformaciones para utilizar el *software* o que lo hiciera un tercero que este pudiera designar, será nula, salvo que el titular ofrezca la posibilidad realizarlas a precio de mercado y, en todo caso, una vez finalizado el periodo de dicho soporte, deberá permitirle al usuario legítimo realizar las operaciones citadas.

La contratación del mantenimiento del *software* por el titular o un tercero capacitado para ello suele ser una alternativa rentable para el usuario, tomando en consideración el coste y dificultad de esta tarea -unido ello al posible obstáculo de

---

autor de la modificación o transformación deberá respetar la autoría previa e indicar las partes del código fuente sobre las que él fuera autor.

<sup>482</sup> El citado precepto establece que perfeccionado el contrato -verbalmente o por escrito- debe cumplirse lo expresamente pactado y también las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley.

<sup>483</sup> La STS, de 17 de mayo de 2003, establece, en relación a la negativa por parte del prestador del servicio a la entrega del código fuente de un programa desarrollado a medida, que ello supone la «infracción del artículo 1.258, en relación con los artículos 1.256 y 1.257 del CC, en cuanto que los mismos confluyen a la consagración del principio *pacta sunt servanda*, en el sentido que perfeccionado el contrato por la anuencia de la oferta y la aceptación, los términos del mismo no pueden ser modificados ni ampliados, de forma distinta a lo acordado, dado que ello produciría un desequilibrio de las prestaciones por lo que, no habiéndose convenido nada por los contratantes en torno a la propiedad de los programas que se confeccionaron *ad hoc* en su día, de acuerdo a las necesidades del cliente, existe una obligación de entrega la del código fuente a este». Continúa argumentando el TS que «el artículo 1.258 CC, que se refiere la obligación de las partes contratantes no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, es un precepto que obliga a un *plus* sobre la literalidad de los términos del contrato, recogidos en la oferta de la entidad demandante y suministradora del programa, habida cuenta de que el programa que se convino, fue uno creado por la suministradora *ad hoc* para que cubriese las necesidades informáticas del cliente [...] y de haber corrido el cliente con todos los gastos de investigación y desarrollo del programa, la proveedora debió entregarle una copia de las fuentes, ya que sin ella no se puede actualizar el programa hecho a medida, ni introducir posibles mejoras».

acceso al código fuente, como se ha mencionado- si fuera esta asumida por el usuario.

#### 5.4.4.2.3 *Copia de seguridad*

La copia de seguridad o respaldo -en inglés, *backup*- implica realizar una imagen exacta de los datos originales que se almacenan, tradicionalmente, en un disco duro, a un soporte adicional. Y ello para disponer de un medio de recuperarlos en caso de su pérdida, total o parcial, por cualquier motivo -e. g. virus informático y corrupción de datos-.

Hay varios tipos o niveles de *backup*: (i) completo, cuando se copian todos los archivos especificados en el proceso de copia; (ii) incremental, cuando se copian los archivos que hayan cambiado desde el último *backup* incremental realizado con éxito; y (iii) diferencial, cuando se copian todos los archivos que se hayan modificado desde el último *backup* completo realizado con éxito. La estrategia más común es realizar un *backup* completo con una periodicidad semanal y un *backup* incremental diariamente.

El proceso de copia de seguridad se complementa con otro conocido como restauración de los datos -en inglés, *restore*-, que es la acción de leer y grabar en la ubicación original u otra alternativa, los datos requeridos. De esta forma, no es habitual que una copia de seguridad se utilice para ejecutar un programa de ordenador, ya que este se utiliza desde la copia instalada a partir de la original adquirida. Asimismo, ha de tenerse en cuenta que cuando el usuario legítimo recibe un derecho de uso de un programa por un tiempo indefinido y el original incluido en un soporte físico, la vida útil del citado soporte siempre será menor, por lo que resulta más que aconsejable realizar una copia de seguridad del mismo en otro soporte para mitigar el riesgo de perder el archivo de instalación del programa en caso de pérdida, destrucción, hurto, etc. del soporte en el que se encuentra el

programa original. Como consecuencia de lo anterior, la prohibición por parte del licenciante de que el licenciatario realice una copia de seguridad, ya sea por vía contractual, incluyendo en el soporte que contiene el programa original dispositivos que lo impidan o dificulten o de cualquier otra forma, deberá entenderse como una estipulación nula de pleno derecho salvo que el licenciante ponga a disposición del licenciatario una copia de seguridad con carácter gratuito.

Junto a lo anterior, en el supuesto de resolución o extinción de la licencia de uso por cualquier causa desaparece el derecho a mantener la copia de seguridad asociada a dicha licencia, la cual deberá destruirse o devolverse al licenciante, según se estipule en el texto de la licencia.

En relación al número de copias a realizar, según el criterio de J. P. APARICIO y J. DELGADO<sup>484</sup>, lo importante no es este concepto, sino la función que se le dé a la copia de seguridad, ya que una o varias copias de seguridad no causarán perjuicio alguno al titular de los derechos de explotación sobre el programa siempre que se dedique fielmente a la finalidad para la que se crearon, tal y como se indicó anteriormente.

#### 5.4.4.2.4 *Versiones sucesivas y programas derivados*

Lo establecido en la cláusula 100.4 LPI respecto a la realización de versiones sucesivas de un programa o de programas derivados no debe interpretarse como un derecho del usuario legítimo sino del cesionario de los derechos de explotación en sentido amplio. Por tanto, su ubicación hubiera sido más acertada a continuación del artículo 97 LPI y no dentro de la cláusula 100 LPI,

---

<sup>484</sup> APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. "Comentario al artículo 100.º LPI", en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 1.376.

ya que en este último se incluyen únicamente aspectos relativos a la relación entre el licenciante y el usuario legítimo.

#### 5.4.4.2.5 *Descompilación e interoperabilidad*

Se puede definir la descompilación como el acto consistente en obtener, partiendo del código objeto, el código fuente de un programa de ordenador. Para llevar a cabo este proceso se hace uso de otros programas cuyo cometido es desensamblar el programa, obteniendo así una versión similar del código fuente en el que el programa fue desarrollado.

La interoperabilidad, por su parte, puede entenderse como el acto por el cual varios programas o sistemas operan o interactúan posibilitando así el intercambio de información entre ellos así como el uso de la información intercambiada. Según lo establecido en el artículo 100.5 LPI, no será necesaria la autorización del titular del derecho cuando la reproducción del código y la traducción de su forma en el sentido de los párrafos a) y b) del artículo 99 LPI, sea indispensable para obtener la información necesaria para la interoperabilidad de un programa creado de forma independiente con otros programas. Para que lo anterior aplique será necesario que se cumplan los requisitos que se indican a continuación.

En primer lugar, que tales actos sean realizados por el usuario legítimo o por cualquier otra persona facultada para utilizar una copia del programa, o, en su nombre, por parte de una persona debidamente autorizada. Por tanto, el usuario podrá acudir a un tercero para que realice la descompilación del programa siempre que se cumplan el resto de requisitos aquí indicados.

En segundo lugar, que la información necesaria para conseguir la interoperabilidad no haya sido puesta, previamente y de manera fácil y rápida, a disposición del usuario legítimo a que se refiere el párrafo anterior. Actualmente,

para fomentar el uso de determinados programas es habitual que el titular de los derechos de explotación ponga a disposición de terceros la interfaz de programación de aplicaciones o API, la cual permite a los programadores que su *software* interopere con él, beneficiándose de sus funcionalidades<sup>485</sup>. Nada dice el precepto de la necesidad de solicitar al titular, antes de proceder con la descompilación, la información necesaria para obtener la interoperabilidad. Ni tampoco que la citada información deba ser puesta a disposición del usuario legítimo a título gratuito por parte del titular.

Por último, que dichos actos se limiten a aquellas partes del programa original que resulten necesarias para conseguir la interoperabilidad. Según se ha descrito, si el usuario legítimo hubiera tenido acceso a la API del programa y ello hubiera sido suficiente para permitir la interoperabilidad del mismo, el usuario legítimo, entonces, no tendrá derecho a descompilar el programa de ordenador. Y ello porque carece de justificación suficiente según lo establecido en el artículo 100.5 LPI.

En virtud de lo establecido por el artículo 100.6 LPI, la excepción del artículo 100.5 LPI únicamente resultará de aplicación cuando la información que se obtenga (i) se utilice únicamente para conseguir la interoperabilidad del programa creado de forma independiente, (ii) sólo se comunique a terceros cuando sea necesario para la interoperabilidad del programa creado de forma independiente; y (iii) no se utilice para el desarrollo, producción o comercialización de un programa sustancialmente similar en su expresión, o para cualquier otro acto que infrinja los derechos de autor.

---

<sup>485</sup> Como ejemplo de API, pueden consultarse las liberadas por empresas como Google Inc. o Microsoft Corp. en páginas web dedicadas específicamente a desarrolladores.

El artículo 100.7 LPI establece que la descompilación y la interoperabilidad no podrán interpretarse de manera que permitan que su aplicación perjudique de forma injustificada los legítimos intereses del titular de los derechos o que sea contraria a una explotación normal del programa de ordenador.

#### 5.4.5 Software libre y software de código abierto

El artículo 99 LPI cobra especial relevancia cuando se relaciona con el *software* libre o *free software* y el *software* de código abierto u *open software*.

Los inicios del *software* libre se remontan al movimiento iniciado por Richard Stallman y la FSF. Para estos, una aplicación informática es realmente libre si las distribuciones posteriores de la misma o de sus aplicaciones derivadas también son libres. Para conseguir este objetivo, Richard Stallman escribió la licencia más usada en la actualidad en el entorno de *software* libre, denominada GNU GPL. La licencia GNU GPL impide a los redistribuidores de *software* libre añadir a su licencia cualquier restricción que no sea la de la licencia original. Esta metodología de licencia, conocida como *copyleft*, impide que los usuarios utilicen *software* libre para modificarlo y, al mismo tiempo, hacerlo privativo. Por tanto, la FSF defiende como *software* libre sólo aquel que se distribuye con licencia GPL, negando la característica de verdadero *software* libre al *software* de código abierto. Ejemplos de empresas representativas del *software* libre son Red Hat, fundada en 1994 y que basa su modelo de negocio en la prestación de servicios de consultoría sobre Linux<sup>®</sup>, Sun Microsystems, que mantiene OpenOffice.org<sup>®</sup>, Java<sup>®</sup> y Solaris<sup>®</sup>, entre otros, y la Fundación Mozilla, que mantiene Mozilla.org y cuyo principal producto es el navegador Firefox<sup>®</sup>.

Por su parte, el *software* de código abierto, si bien ha sido entendido por algunos como una modalidad de *software* libre y, por otros, como el término general que engloba a todo el *software* libre, lo cierto es que nació como una separación



del *software* libre de la FSF en 1998. Pretende ofrecer una perspectiva sobre el *software* más orientada al mundo empresarial. Para ello, se adoptó la denominación *open source* que, por un lado, se diferenciaba del término *free software* de la FSF y, por otro, dejaba de usar la palabra «free» y evitaba así connotaciones de gratuidad. A pesar de esto, sigue existiendo gran confusión a este respecto ya que en español se usa la expresión *software* libre para hacer referencia, en muchas ocasiones, a *software* de código abierto sin *copyleft*.

El término *free*, en inglés, tiene dos acepciones: libertad y gratuidad. Es importante conocer que cuando se hace uso del término *software* libre se está haciendo alusión a que el programa se distribuye bajo una licencia que permite a los usuarios aprovecharlo libremente, ya sea de forma gratuita o a cambio de precio. Para ello, se otorgan al usuario cuatro libertades: (i) ejecutar y usar el *software* para cualquier propósito; (ii) estudiar el programa y adaptarlo a las necesidades del usuario; (iii) distribuir copias; y (iv) modificar el programa y liberar las modificaciones al público. Para el ejercicio de estas libertades por los usuarios se hace necesario que el titular o autor del programa ponga a disposición de estos el código fuente.

A diferencia de las empresas de *software* propietario, las empresas de *software* libre no se preocupan en proteger y beneficiarse de los derechos de explotación sobre su *software*, por lo que conceden y aseguran a los licenciarios una libertad casi total sobre el *software* -uso, modificación y redistribución con o sin modificaciones y con o sin contraprestación económica-. Sin embargo, las libertades anteriores se encuentran sometidas a dos condiciones esenciales: (i) reconocer y respetar al autor del *software* y; (ii) asegurar el respeto a las libertades anteriores por parte del resto de los usuarios del *software*. Asimismo, se incluye como requisito adicional que si se modifica el *software*, el autor de la modificación deberá estar claramente identificado.

---

## 5.5 Transmisión de los derechos de explotación

### 5.5.1 Transmisión *inter vivos*

Cuando se habla de transmisión de derechos se está haciendo alusión, específicamente, a la cesión por parte del autor o de los titulares legítimos -cedente- a un tercero -cesionario- de aquellos derechos patrimoniales que se regulan en la LPI; esto es, los derechos de reproducción, distribución, comunicación pública, transformación, así como cualquier otra de las formas de explotación que se incluyen en el artículo 17 LPI. Los derechos morales, como ya se indicó en apartados anteriores, son intransmisibles y quedan excluidos de cualquier tipo de transmisión.

En función del momento en el que se transmiten los derechos pueden distinguirse dos tipologías: *mortis causa*<sup>486</sup> o *inter vivos*<sup>487</sup>. Es realmente extraña, en una relación de *outsourcing*, la transmisión *mortis causa*, por lo que se analiza a continuación la transmisión *inter vivos*.

En virtud de una transmisión de derechos de explotación, el cesionario recibe la facultad de explotar la obra según la voluntad manifestada por las partes en el correspondiente contrato de cesión<sup>488</sup>, donde deberá incluirse la duración de la cesión, el ámbito territorial y los derechos que se ceden. Según lo establecido en el artículo 43.5 LPI, la interpretación de los derechos cedidos y la forma de ejercerlos por el cesionario, deberá ser restrictiva.

---

<sup>486</sup> Vid. artículo 42 LPI.

<sup>487</sup> Vid. artículo 43 LPI.

<sup>488</sup> Según se establece en el artículo 45 LPI, la cesión deberá formalizarse por escrito.

Como consecuencia de lo anterior, la LPI establece las siguientes consecuencias a falta de pacto expreso de las partes en relación a alguno de los extremos indicados. En relación a la duración de la cesión, esta se entenderá por un periodo de cinco años. Asimismo, es habitual encontrarse en los contratos alusiones a cesiones indefinidas. En opinión de M<sup>a</sup>. C. GETE-ALONSO<sup>489</sup>, dada la clara intención del legislador de limitar la duración de la cesión de los derechos de explotación, la fijación de un plazo que supusiera la vinculación cuasi-permanente del autor sería nula o, cuando menos, su duración deberá entenderse reducida a los cinco años que establece la LPI<sup>490</sup>. Respecto al ámbito territorial, se entenderá circunscrito al país donde se haya llevado a cabo la cesión. Por último, la cesión se limitará a aquellas facultades que se deduzcan necesariamente del propio contrato y que sean indispensables para el cumplimiento de su finalidad.

A pesar de que el artículo 43.1 LPI guarda silencio sobre la posibilidad de que la cesión se realice a título gratuito u oneroso, debe entenderse que ambas opciones son posibles. La cesión a título gratuito es admisible tanto en las reglas civiles generales así como en la LPI. Por tanto, será el autor el que decida si la transmisión es gratuita u onerosa.

El artículo 43 LPI, en sus apartados tercero y cuarto, establece unos límites que resultarán de aplicación a cualquier cesión *inter vivos*: la nulidad de la cesión de derechos de explotación respecto del conjunto de las obras que pueda crear el autor en el futuro, y la de aquellas estipulaciones por las que el autor se comprometa a no crear alguna obra en el futuro.

---

<sup>489</sup> GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C., “Comentario al artículo 43.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 785.

<sup>490</sup> En este sentido puede traerse a colación el artículo 1.583 CC, el cual, aún no pensado para este caso, tiene su espíritu incardinado en el artículo 43 LPI.

El artículo 45 LPI es una norma imperativa que viene a completar y desarrollar lo establecido por el artículo 43 LPI. La imposición formal de que la cesión *inter vivos* se realice por escrito, supone una garantía para el cedente. Sin embargo, el que no se hubiera formalizado una cesión por escrito no implica la nulidad automática del acto, ya que el propio precepto establece para este supuesto que el autor tendrá la potestad de optar, unilateralmente, por la resolución del contrato. De esta forma, este precepto está dando validez presunta a las cesiones no formalizadas por escrito, otorgando a su vez una facultad resolutoria al autor. Un detalle adicional a tomar en consideración es que si la cesión no se hubiera formalizado debido a causas no imputables al cesionario, la facultad que al cedente otorga este precepto no resultaría de aplicación. Nada dice el artículo 45 LPI sobre el plazo para que el cedente ejecute su facultad resolutoria, por lo que es necesario remitirse al régimen general establecido en el artículo 1.964 CC: las acciones personales que no tengan señalado término especial prescribirán transcurridos quince años. El ejercicio de la resolución por parte del cedente implicaría, por un lado, la restitución de las prestaciones realizadas y, por otro, la indemnización de los posibles daños y perjuicios causados que el cedente pudiera probar de forma fehaciente.

Es importante aclarar que, a pesar de la transmisión de derechos, el autor seguirá ostentando la titularidad sobre los derechos patrimoniales cedidos así como de los derechos morales. Por tanto, se está ante meras cesiones de derechos - limitadas en el tiempo<sup>491</sup>, incluso cuando se hace referencia a cesiones en exclusiva<sup>492</sup>- que no pueden equipararse a una venta de derechos o a transmisiones o cesiones indefinidas o definitivas. La transmisión a la que se refiere se asemeja a una licencia de patentes, ya que se trata de una autorización para el

---

<sup>491</sup> Vid. artículo 43.1 LPI.

<sup>492</sup> Vid. artículos 48 y 49 LPI.

ejercicio de una facultad de derecho de explotación otorgada por el autor al cesionario.

### 5.5.2 Cesión en exclusiva y no exclusiva

Antes de analizar la cesión en exclusiva, consideramos oportuno realizar una distinción entre los términos «autorización» y «cesión». La LPI los utiliza de forma indistinta pero, sin embargo, en opinión de S. CAVANILLAS<sup>493</sup>, la norma se refiere a «autorización» cuando el autorizado adquiere la facultad o licencia para explotar la obra pero sin asumir el deber de hacerlo, mientras que el término «cesión» lo reserva para los supuestos en los que sí exista dicha obligación. El cesionario en exclusiva tendrá la obligación, por tanto, de remunerar al cedente y de llevar a cabo una adecuada explotación de la obra cedida.

#### 5.5.2.1 Cesión en exclusiva

El artículo 48 LPI establece la posibilidad de la cesión en exclusiva de los derechos de explotación, facultando al cesionario la explotación de la obra con exclusión de cualquier otra persona, incluyendo al propio cedente. De esta forma, el cesionario adquiere una posición de monopolio para la explotación económica de la obra cedida, obligándose el cedente a no explotar la obra personalmente ni tampoco ceder a terceros los derechos de explotación que, en exclusiva, se hubieran cedido previamente. No obstante, el autor seguirá ostentando legitimación para perseguir conductas contrarias a sus derechos morales o al resto de facultades que no se hubieran cedido por este en exclusiva<sup>494</sup>.

---

<sup>493</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario al artículo 48.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., *op. cit.*, p. 825.

<sup>494</sup> SAP de Barcelona, de 20 de diciembre de 2005.

La cesión en exclusiva obliga al cesionario a poner todos los medios necesarios para hacer efectiva la explotación concedida, tomando en consideración la naturaleza de la obra y los usos vigentes en la actividad profesional, industrial o comercial de que se trate. La obligación del adquirente de explotar la obra impide que la propiedad intelectual se convierta en objeto de especulación.

Se establece la obligación de que la cesión en exclusiva se otorgue expresamente con este carácter, por lo que si no se indicara nada en el contrato de cesión, esta deberá entenderse como no exclusiva. Respecto a su duración, esta será, en principio, idéntica a la de la cesión de que se trate. Sin embargo nada impide que cedente y cesionario acuerden que la exclusividad tenga una duración menor a la de los derechos cedidos. De igual forma, salvo pacto en contrario, el territorio sobre el que aplicará la exclusividad será el mismo que se hubiera acordado para la cesión de que se trate.

Asimismo, se legitima al cesionario en exclusiva, con independencia de la del titular cedente, a perseguir las violaciones que afecten a las facultades que se le hubieran concedido. Dicha legitimación de actuación aplicará contra el autor o terceros que lesionen la exclusividad que hubiera recibido el cesionario. Los artículos 138 y siguientes LPI regulan las prerrogativas que ostenta el cesionario a este respecto, tal y como se analiza más adelante, pudiendo estas resumirse en solicitar el cese de la actividad, la indemnización de los daños y perjuicios causados y la imposición, en su caso, de las medidas cautelares para evitar incumplimientos a futuro. Sin embargo nada dicen el artículo 48 LPI ni los artículos 138 y siguientes LPI sobre la posibilidad de resolución contractual en caso de incumplimiento de la exclusividad por parte del autor cedente. Por ello, es necesario acudir a las reglas generales de contratación<sup>495</sup> así como a la jurisprudencia recaída en relación a esta materia para dilucidar esta cuestión. Al respecto, se establece como requisito

---

<sup>495</sup> *Vid.* artículo 1.124 CC.

indispensable para la resolución contractual que se hubiera producido el incumplimiento de una obligación de carácter esencial, no siendo suficiente aducir el incumplimiento de obligaciones accesorias o complementarias<sup>496</sup>. El TS ha entendido, en numerosas ocasiones<sup>497</sup>, que la exclusividad –recuérdese que implica, entre otras obligaciones, que ni el propio cedente puede llevar a cabo una explotación económica de la obra cedida- supone por sí misma un elemento esencial de la contratación y, por ende, su incumplimiento puede ser considerado como esencial.

Pudiera darse el caso en que el autor ceda a un tercero, de forma no exclusiva, los derechos de explotación de su obra y, con posterioridad, otorgue a un tercero diferentes derechos exclusivos sobre esa misma obra. En este supuesto, la jurisprudencia mantiene una posición favorable a la validez de la primera cesión, manteniéndose el derecho no exclusivo otorgado con anterioridad frente a la posterior cesión en exclusiva de ese mismo derecho<sup>498</sup>.

De igual forma, pudiera resultar conflictivo el supuesto en el que un tercero reciba una cesión no exclusiva sobre una facultad cedida a un tercero en exclusiva. En este supuesto, si el segundo cesionario hubiera conocido la existencia de una facultad exclusiva previa al tiempo de contratar con el autor, no debiera contratar -y, por tanto, tampoco proceder a la explotación económica de los derechos-, al ocasionar dicho acto un perjuicio a la exclusividad de la que es conocedor. Ahora bien, si tuviera conocimiento de la cesión en exclusiva a un tercero con posterioridad a la celebración del contrato con el cedente, parece claro que no será responsable de los posibles daños que hubiera causado con anterioridad a su

---

<sup>496</sup> STS de 4 de octubre de 1983.

<sup>497</sup> *Vid.*, entre otras, la STS de 18 de marzo de 1966, la STS de 10 de noviembre de 1981 y la STS de 30 de junio de 1987.

<sup>498</sup> *Vid.* la STS de 22 de marzo de 1962 y la STS de 9 de febrero de 1965.

conocimiento al cesionario exclusiva y quedaría la duda de si, tras conocer la exclusividad, viene obligado o no a respetarla.

El artículo 49 LPI establece que el cesionario en exclusiva podrá transmitir a un tercero su derecho con el consentimiento expreso del cedente. En defecto de dicho consentimiento, los cesionarios serán responsables solidarios frente al primer cedente de las obligaciones de dicha cesión. Asimismo, continúa diciendo, no será necesario consentimiento cuando la transmisión se lleve a efecto como consecuencia de la disolución con el cambio de titularidad de la empresa cesionaria. Al referirse el citado artículo a una transmisión de derechos debe entenderse que se está haciendo alusión, realmente, a la cesión del contrato en virtud del cual se transmitieron los derechos. Así, el nuevo cesionario se subroga en la posición contractual del anterior cesionario, produciéndose una novación contractual. Para ello, y tomando en consideración que se produce una cesión de derechos y obligaciones, deberá contarse con la autorización expresa de la otra parte contractual -el cedente inicial-, el cual podrá denegarla a su discreción. Sin embargo, según se desprende del párrafo segundo del citado artículo 49 LPI, parece que la subrogación mencionada sí tendría eficacia, pero aplicaría la responsabilidad solidaria del cesionario original y de aquel que se subrogó en la posición de este. Y tampoco parece que la cesión consentida tenga entidad suficiente como para que el cedente originario pueda invocar la resolución del contrato -salvo en aquellos supuestos en los que la cualidad del cesionario original hubiera sido determinante para la celebración del contrato y si las cualidades del segundo cesionario no fueran objetivamente equiparables a las del cesionario original-.

#### 5.5.2.2 Cesión no exclusiva

En lo que respecta a la cesión no exclusiva, el artículo 50 LPI establece que el cesionario no exclusivo estará facultado para utilizar la obra de conformidad con los términos de la cesión y en concurrencia tanto con otros cesionarios como con el



propio cedente. Su derecho será intransmisible, salvo que se cuente con el consentimiento expreso del cedente o cuando dicha transmisión se lleve a efecto como consecuencia de la disolución o del cambio de titularidad de la empresa cesionaria. A diferencia de lo establecido en el artículo 49 LPI, en aquellos supuestos de cesión consentida cuando no hubiere mediado exclusividad, nada se dice de la posible responsabilidad solidaria del cesionario original y del tercero que se subrogó en su posición. Sin embargo, por analogía resultará de aplicación lo establecido en el párrafo segundo del artículo 49 LPI.

### 5.5.3 Transmisión de derechos en una relación negocial de *outsourcing*

En los contratos de *outsourcing* deberá pactarse a quién pertenece la titularidad de los derechos de explotación sobre los materiales preexistentes así como aquellos que se hubieran desarrollado como consecuencia de la prestación de los servicios.

Con ello se está haciendo alusión al *software*, metodologías, herramientas, información, documentación, informes, dibujos y obras similares, -todos ellos considerados obras según se ha analizado<sup>499</sup>-.

#### 5.5.3.1 Derechos sobre los materiales preexistentes al *outsourcing*

Con carácter general, parece de sentido común que ambas partes deseen preservar los derechos de propiedad intelectual pertenecientes a cada una de ellas o que hubieran adquirido con anterioridad a la perfección del contrato.

Respecto a los citados derechos, cada parte deberá garantizar a la contraparte que es la titular legítima de los derechos de propiedad intelectual o que

---

<sup>499</sup> Vid. artículo 1 LPI.

le han sido transferidos por el titular legítimo los derechos de explotación necesarios. Con carácter general, suele pactarse que los derechos de propiedad intelectual de las modificaciones y/o desarrollos referentes a los mismos que se efectúen al amparo del contrato de *outsourcing* sobre las aplicaciones propiedad de cada parte o de terceros con los que se tengan los correspondientes acuerdos de licencia, pertenecerán a esa parte o, en su caso, a su legítimo propietario.

Si con posterioridad a la terminación del contrato de *outsourcing*, por cualquier causa, el cliente pudiera estar interesado en seguir utilizando el *software* titularidad del prestador que se dedicó a la ejecución del servicio, se deberán regular, en el propio contrato de *outsourcing* o en un contrato *ad hoc*, los términos y condiciones de uso del mismo. Alguno de los aspectos que suele establecer el titular de la aplicación a regular en el contrato de licencia, será la entrega del *software as is* -en el estado en el que se encuentre y con la funcionalidad que este tuviera durante la vigencia del contrato-, sin acceso al código fuente y sin servicios de soporte y mantenimiento, para uso exclusivamente interno del cliente -sin derecho de distribución ni comunicación pública sobre el mismo-.

#### 5.5.3.2 Derechos sobre los materiales generados como resultado del servicio

Las discusiones entre cliente y prestador comienzan cuando se trata dilucidar la entidad que ostentará los derechos de propiedad intelectual sobre los materiales fruto del trabajo desarrollado por el prestador en el marco de la prestación de los servicios de *outsourcing*. En la práctica, lo anterior implica regular la cesión o no de los derechos de explotación sobre los materiales desarrollados y, en caso de cederse, concretar la duración, el territorio, el carácter exclusivo o no, así como los derechos de explotación que se transmiten. De no pactarse nada, se entenderán cedidos únicamente aquellos que se dedujeran necesariamente del propio contrato y que fueran imprescindibles para cumplir con el objeto y finalidad del mismo.

La postura preferida para el prestador será la de conservar la titularidad de los materiales desarrollados, concediendo al cliente únicamente una licencia de uso y modificación de los mismos tan amplia como fuera necesario para que este pueda seguir utilizándolos con una flexibilidad razonable una vez termine el contrato de *outsourcing*.

Sin embargo, para el cliente, lo ideal es pactar la cesión en exclusiva a su favor de los derechos de explotación sobre los materiales desarrollados durante la vigencia del contrato de *outsourcing*. Incluso en contratos de *outsourcing* cuyo alcance comprende únicamente la gestión de procesos de negocio y en la que, por tanto, no suele desarrollarse *software*, la primera posición del cliente suele ser la de la cesión a su favor de todos los derechos de explotación que se puedan generar como resultado de los servicios prestados, alegando que tiene derecho a ello por la contraprestación económica abonada al prestador. Sin embargo, la opinión del prestador a este respecto suele ser contraria por tres motivos principales. En primer lugar, porque la contraprestación económica contemplada por la prestación de los servicios no suele incluir la enajenación de estos derechos de propiedad intelectual por parte del prestador; en segundo lugar, tal y como se ha comentado, porque habitualmente el prestador está dispuesto a conceder una licencia no exclusiva, mundial, gratuita y para uso interno tan amplia como fuera necesario para que el cliente pueda usar y modificar los materiales desarrollados, no solo durante el período contractual, sino también tras la terminación o expiración del contrato, y esta transferencia de derechos, en la inmensa mayoría de las ocasiones, es más que suficiente para salvaguardar los intereses del cliente, dado que es lo que necesita para beneficiarse de los materiales desarrollados durante y después de la prestación de los servicios, permitiéndole la operación legítima de sus actividades; y en tercer lugar, porque es precisamente la generación y reutilización de esos materiales una de las principales actividades del prestador. De hecho, si el prestador se viera obligado a ceder en exclusiva la propiedad de los materiales en todos y cada uno de los contratos que formalizase con sus clientes, ello supondría,

por un lado, tener que desarrollar *ex novo* todos los materiales cada vez y, como consecuencia de lo anterior, incrementar de forma exorbitante el precio de sus servicios.

Incluso, en ocasiones, el cliente llega a solicitar que el prestador le transfiera la propiedad intelectual de las metodologías empleadas por este para ejecutar los trabajos contratados por el cliente. En determinados supuestos, podría ser evidente que ciertos entregables que incluyen metodología específica para el cliente -e. g. metodologías relacionadas con el desarrollo de planes estratégicos, de defensa, de innovación del cliente o aquellas que permitirían al cliente ostentar una ventaja competitiva diferencial respecto a sus competidores- deban de ser de uso exclusivo de este. Al mismo tiempo, el cliente podría exigir al prestador el deber de secreto para determinados métodos y entregables por la criticidad que los mismos tienen para él.

Sin embargo, los prestadores de servicios de *outsourcing* han invertido una importante cantidad de tiempo y recursos en la metodología que aplican, desarrollándola y mejorándola día a día. Las tecnologías utilizadas son cada día más complejas y existen multitud de costosas herramientas que permiten incrementar eficiencia, ampliar funcionalidades así como reducir tiempos y costes implícitos. La cesión de los derechos patrimoniales de la citadas metodologías, en exclusiva a los clientes, ligada a una oferta comercial con precios ajustados se torna en incompatible. Si se analizan en detalle algunas de las peticiones realizadas por los clientes, en relación a la adquisición de la propiedad intelectual relativa a herramientas y metodologías de los prestadores, se podrá observar que en algunos casos se solicita la cesión de derechos no acorde con las necesidades reales del cliente.

Es por ello por lo que en los contratos de *outsourcing* se debe buscar un punto de equilibrio para que el cliente obtenga una transferencia de aquellos

derechos patrimoniales ajustada a sus necesidades e intereses y le aporte estabilidad de sus operaciones, y para que el prestador pueda seguir desarrollando su actividad para otros clientes sin tener que trasladarles precios desorbitados. No debe suponer un impacto negativo cuando el requisito de transferencia al cliente es realmente necesario pero, en cambio, sí lo es cuando este es excesivo y no está dotado de la contraprestación económica adecuada.

---

## **5.6 Inscripción registral y depósito notarial**

### **5.6.1 Inscripción registral**

#### **5.6.1.1 De las obras en general**

El RGPI es un mecanismo administrativo para la protección de los derechos de propiedad intelectual de los autores y demás titulares sobre sus obras. La inscripción registral supone una protección de los derechos de propiedad intelectual, en tanto que constituye una prueba cualificada de la existencia de los derechos inscritos.

Las inscripciones realizadas en el citado RGPI tendrán efectos probatorios y carácter público, pudiendo solicitarse mediante certificación del contenido de los asientos. Asimismo podrá solicitarse al RGPI una nota simple o acceso informático, esto último con un valor únicamente informativo.

El Reglamento del RGPI establece que este órgano está compuesto por un Registro Central y varios Registros Territoriales, estos últimos gestionados por las distintas Comunidades Autónomas.

Entre otras funciones, el Registro Central: (i) da soporte administrativo y técnico a la Comisión de Coordinación de los Registros; (ii) eleva consultas a dicha Comisión y solicita inclusión de asientos en el orden del día de sus sesiones; (iii)

redacta la memoria anual del RGPI y elabora estadísticas según los datos recibidos de los distintos Registros Territoriales; (iv) emite informes cuando se le requiere por los juzgados, Tribunales u organismos públicos o bien cuando le es solicitado por la Comisión de Coordinación de los Registros; (v) certifica derechos, actos y contratos inscritos en el Registro Central; y (vi) se ocupa del archivo la custodia de los documentos y materiales depositados en el Registro Central.

Por su parte, los Registros Territoriales ostentan, entre otras, las siguientes funciones: (i) tramitan y resuelven solicitudes de inscripción, anotación y cancelación; (ii) certifican derechos, actos y contratos inscritos en el Registro Territorial correspondiente; (iii) elevan consultas a la Comisión de Coordinación de los Registros; (iv) emiten informes cuando son requeridos para ello por los Tribunales, juzgados u organismos públicos, o bien cuando le es solicitado por la Comisión de Coordinación de los Registros; y (v) se ocupan del archivo y custodia de aquellos documentos y materiales que hubieren sido depositados.

Mediante la inscripción en el Registro Territorial no se persigue depositar obras protegidas por derechos de autor, sino inscribir los derechos sobre dichas obras. Por ello, sólo los titulares actuales pueden inscribir sus derechos, de forma que si el autor originario deseara inscribir su obra, deberá hacerlo junto con el cesionario, en el momento de la inscripción, de los derechos de explotación sobre la misma. En el supuesto de pluralidad de cesiones, el RGPI exige demostrar el *tracto* entre el autor originario y el titular último del mismo, incluyendo los posibles cesionarios intermedios que hubieran existido.

#### 5.6.1.2 De los programas de ordenador en particular

El artículo 101 LPI, referido a la protección registral del *software*, indica que los derechos sobre los programas de ordenador, así como sobre sus sucesivas versiones y los programas derivados, son susceptibles de ser inscritos en el RGPI.

El Reglamento del RGPI establece, en su artículo 14.n, que junto a los requisitos identificativos de las solicitudes de inscripción<sup>500</sup>, para el caso concreto de los programas de ordenador, se deberá incluir, adicionalmente: (i) la totalidad del código fuente; (ii) un ejecutable del programa; y (iii) opcionalmente, una memoria que contenga una breve descripción del programa de ordenador. A los efectos de lo señalado en el artículo 101 LPI, el artículo 32 del Reglamento del RGPI clarifica que los únicos elementos de los expedientes relativos a los programas de ordenador susceptibles de consulta pública serán los que consten en el asiento registral correspondiente<sup>501</sup>. Por tanto, a través de una consulta pública no se podrá tener acceso ni al código fuente ni al código objeto del programa.

A pesar de lo anterior, las empresas de *software*, por lo general, no son partidarias de inscribir sus programas en el RGPI. Esto es así porque son conscientes de la protección que ya les otorga el artículo 6 LPI y, por tanto, la ventaja de la presunción salvo prueba contrario que otorga el artículo 145.3 LPI<sup>502</sup> no les es lo suficientemente atractiva como para asumir el riesgo posibles filtraciones del código fuente al entregarlo a un tercero -en este caso, al RGPI-. No debe olvidarse que la presunción mediante la inscripción en el RGPI se limita a la existencia y pertenencia del derecho publicado, sin garantizar la originalidad del programa de ordenador inscrito. Por tanto, en la práctica se suele recurrir a otros medios para demostrar la existencia de obras, como pueden ser los registros

---

<sup>500</sup> Vid. artículo 12 y 13 del Reglamento del RGPI.

<sup>501</sup> En virtud del artículo 26 del Reglamento del RGPI estos datos serán los siguientes: el número del asiento registral, nombre del programador, datos identificativos del autor o del titular originario, los derechos que se inscriben, su extensión y condiciones si las hubiera, titular de los derechos patrimoniales con expresión de sus datos identificativos -si existiera, el título que contiene el derecho que se inscribe, su fecha y el Tribunal, juzgado o Notario que, en su caso, lo autorice-, lugar, fecha, hora y minuto de presentación de la solicitud de inscripción, número de entrada que se le hubiese asignado y la fecha a partir de la cual la inscripción comienza a surtir efectos.

<sup>502</sup> El artículo 145.3 LPI establece lo siguiente: «se presumirá, salvo prueba en contrario, que los derechos inscritos existen y pertenecen a su titular en la forma determinada en el asiento respectivo».

privados, el depósito notarial y, en general, cualquier otro medio aceptado en Derecho que permita demostrar la existencia de una obra.

### 5.6.2 Depósito notarial o *escrow*

En aquellos contratos en los que se otorga una licencia de uso de un programa de ordenador es habitual que el licenciante entregue al licenciataro únicamente el código objeto del programa en cuestión, reservándose para sí mismo el código fuente del mismo. En ocasiones, ambas partes pueden pactar la formalización de un contrato de depósito notarial del código fuente -también llamado contrato de *escrow*-. Se trata de un mecanismo alternativo a la inscripción en el RGPI que consiste, básicamente, en solicitar a un depositario de confianza -normalmente en España es un Notario público, mientras que otros países, especialmente los de tradición anglosajona, suele realizarse en terceros de confianza denominados *escrow agents*- que acepte en depósito el código fuente de un programa de ordenador con la finalidad de entregarlo al licenciataro si ocurriera alguno de los supuestos fácticos que licenciante y licenciataro hubieran acordado, para que este pueda llevar a cabo las modificaciones o correcciones sobre el programa según sus necesidades. Las razones que pudieran desencadenar la entrega del código fuente dependerán de la voluntad de las partes, siendo las más habituales las enumeradas a continuación: (i) que el licenciante no pueda responder a las demandas de mantenimiento correctivo y/o evolutivo del programa solicitadas por el licenciataro; (ii) que el licenciante entre en situación de quiebra, liquidación, disolución, extinción o concurso de acreedores; o (iii) que no se pudiera localizar al licenciante y el licenciataro tuviera prueba fehaciente de ello.

Mientras que a través de la inscripción de una obra en el RGPI se deja constancia de los derechos patrimoniales relacionados con la obra en cuestión, con el depósito notarial se realiza un acta de manifestaciones y depósito y se anexa a su matriz una copia del código fuente de la aplicación informática, no entrando el Notario a verificar ni constatar los derechos patrimoniales referidos a la misma.



El *escrow* puede formalizarse como una cláusula específica dentro del contrato de *outsourcing* o como objeto de un contrato independiente. Se trata de un contrato atípico cuya naturaleza es similar a la del depósito, resultándole de aplicación los artículos 1.758 a 1.789 CC y 303 a 310 CCo.

---

## 5.7 Infracción de los derechos, acciones y procedimientos

### 5.7.1 Infracción de derechos de propiedad intelectual

#### 5.7.1.1 De las obras en general

El ejercicio de los derechos de explotación sobre una obra de un tercero sin la correspondiente autorización de su autor o su titular legítimo, supone una infracción de este derecho y resultará en una responsabilidad civil<sup>503</sup> y/o penal<sup>504</sup> para el infractor.

Se considera responsable de una conducta infractora al que lleve a cabo alguna de las siguientes conductas: (i) que atente contra los derechos reconocidos al legítimo titular de una obra por la LPI; (ii) que induzca a sabiendas a la conducta infractora; (iii) que coopere con la misma, conociendo la conducta infractora o contando con indicios razonables para conocerla; y (iv) que, teniendo un interés económico directo en los resultados de la conducta infractora, cuente con una capacidad de control sobre la conducta del infractor<sup>505</sup>.

En el caso concreto del *outsourcing*, un ejemplo de conducta infractora sería el supuesto en el que el cesionario no respetase el ámbito y/o la duración de los

---

<sup>503</sup> Vid. artículos 138 y ss. LPI.

<sup>504</sup> Vid. artículos 270 a 272 CP.

<sup>505</sup> Vid. artículo 138 LPI.

derechos que le hubiese otorgado el titular de una obra. Esta conducta, además, podría suponer el posible incumplimiento del contrato de *outsourcing*, dependiendo de la gravedad de la misma.

#### 5.7.1.2 De los programas de ordenador en particular

El artículo 102 LPI recoge aquellos actos que suponen infracción de los derechos de autor sobre los programas de ordenador. Junto a la realización de los actos previstos en el artículo 99 LPI<sup>506</sup> sin autorización del titular de los derechos, se considerarán asimismo actos de infracción los que se indican a continuación.

En primer lugar, la puesta en circulación de una o más copias de un programa de ordenador conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima. En este caso concreto, no es necesario que exista ánimo de lucro por parte del que ponga en circulación la copia. Así, bajo este precepto caerían, por ejemplo, conductas tales como la puesta a disposición de un programa de ordenador propietario, sin la autorización pertinente del titular de los derechos a través de redes P2P<sup>507</sup>.

---

<sup>506</sup> Este artículo otorga al titular del programa de ordenador los derechos exclusivos de la explotación del mismo -sin perjuicio de los límites a los derechos de explotación dispuestos en el artículo 100 LPI-, entre los que se encuentran realizar o autorizar: (i) la reproducción total o parcial del programa de ordenador, por cualquier medio y bajo cualquier forma; (ii) la traducción, adaptación, arreglo o cualquier otra transformación del programa de ordenador y la reproducción de los resultados de tales actos; y (iii) la distribución pública del programa de ordenador.

<sup>507</sup> Por lo que se refiere al intercambio de archivos entre pares, en el supuesto que, adicionalmente, existiera ánimo de lucro, esta conducta supondría un ilícito penal según lo establecido en el artículo 270 CP. En relación a esto tuvo una especial relevancia la Circular 1/2006, de 5 de mayo, del Fiscal General de Estado sobre los delitos contra la propiedad intelectual e industrial tras la reforma de la LO 15/2003. En ella se aclara que no existe un delito en las subidas y descargas de archivos a las redes P2P por no existir el ánimo de lucro requerido en el tipo del 270 CP. Según la citada Circular, «en cuanto a la tipificación de la conducta de quien coloca a través de un servidor en un sitio de la Red obras protegidas sin autorización del titular de los derechos de explotación, puede incardinarse dentro de los supuestos de comunicación no autorizada, pero en este supuesto si no está acreditada ninguna contraprestación para él, no concurrirá el elemento típico del ánimo de lucro, pudiendo perseguirse esa conducta sólo como ilícito civil. Respecto del usuario que “baja o se

En segundo lugar, la tenencia, con fines comerciales, de una o más copias de un programa de ordenador, conociendo o pudiendo presumir su naturaleza ilegítima. En este supuesto, por tanto, sí se exige el requisito de que la tenencia sea con fines comerciales, existiendo estos cuando se utiliza un programa de ordenador para incorporarlo a la actividad profesional del que lo posee sin haber obtenido la autorización del titular de los derechos de explotación sobre el mismo.

En tercer lugar, la puesta en circulación o tenencia, con fines comerciales, de cualquier instrumento cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Con la inclusión de medidas técnicas de protección en los programas de ordenador los titulares de los mismos tratan de impedir que se realicen copias no autorizadas de los ejemplares originales distribuidos por el propio titular. Son varias las medidas que adoptan los licenciantes para proteger sus programas de ordenador frente a usos no autorizados: solicitud de número de serie de válido durante el proceso de instalación del programa -proporcionado por el titular en cada uno de los ejemplares originales que facilita al licenciataria-, dispositivos USB -siendo necesario conectar al ordenador para que pueda ejecutarse el programa correctamente-, etc. Sin embargo, a pesar de lo anterior, existen técnicas que permiten eludir tales medidas de protección: *keygens*<sup>508</sup>, parches informáticos para

---

descarga de la Red” una obra, y obtiene esta sin contraprestación, como consecuencia de un acto de comunicación no autorizado realizado por otro, realiza una copia privada de la obra que no puede ser considerado como conducta penalmente típica». Asimismo, en relación al ánimo de lucro, la Circular indica lo siguiente: «Por lo que se refiere a la concurrencia del elemento subjetivo del ánimo de lucro en la conducta de quienes obtienen obras protegidas mediante el sistema de intercambio de archivos en Red, cabría considerar que sí se da en tales supuestos un ánimo de lucro, si se atiende a la interpretación que del mismo ha establecido el TS para los delitos patrimoniales como “cualquier ventaja, utilidad, beneficio o rendimiento que se proponga obtener el sujeto activo, no importando ni el modo de materialización de su propósito lucrativo ni si llegó o no a obtenerlo efectivamente”».

<sup>508</sup> Un *keygen* -del inglés *key generator*, generador de claves- es un programa informático que, al ejecutarse, genera un número de serie para que un determinado *software* de pago, en su versión de prueba, pueda ofrecer los contenidos completos del programa ilegalmente. Los creadores de los *keygen* introducen en dicha aplicación el algoritmo utilizado para generar los códigos de desbloqueo y, en determinados supuestos dependiendo del algoritmo utilizado, permite al usuario obtener

aplicar *cracks*<sup>509</sup>, etc. Pues bien, el artículo 102.c LPI establece como ilícita la conducta por la cual se pongan en circulación dispositivos cuyo único uso es suprimir tales medidas y siempre que ello se realice con fines comerciales. El tipo penal referido a esta conducta<sup>510</sup> es más amplio que el ilícito civil ya que incluye la mera tenencia -sin necesidad de que se dé ánimo de lucro- de medios específicamente destinados a la supresión de medidas de protección de los programas de ordenador, lo cual carece de sentido tomando en consideración el principio de intervención mínima del Derecho penal, salvo que se entienda que el artículo 102.c LPI recoge sólo algunas infracciones relacionadas con la supresión de las medidas de protección sobre los programas de ordenador, pero no todas las posibles.

Una de las conductas infractoras más habitual en relación al *software* es su plagio. El plagio no viene definido como tal por la LPI, siendo la jurisprudencia la encargada de definirlo. Así, el TS afirma que «por plagio hay que entender, en su acepción más simplista, todo aquello que supone copiar obras ajenas en lo sustancial: se presenta más bien como una actividad material mecanizada y muy poco intelectual y menos creativa, carente de toda originalidad y de concurrencia de genio o talento humano, aunque aporte cierta manifestación de ingenio». Y argumenta que «las situaciones que representan plagio hay que entenderlas como

---

infinitos códigos. Actualmente, las principales empresas de *software* utilizan otros métodos para el desbloqueo de las versiones de prueba que obligan al usuario a registrar el programa telefónicamente antes de activarlo completamente. Otro método utilizado es comprobar la validez de la licencia *online* para evitar que puedan registrar el *software* haciendo uno de un generador de claves.

<sup>509</sup> Un *crack* informático es un parche creado sin autorización del desarrollador del programa al que modifica cuya finalidad es la de modificar el comportamiento del *software* original. Para prevenir la instalación del *software* sin autorización, así como su correspondiente utilización, a menudo los titulares de programas de ordenador emplean claves únicas para cada programa que no se pueden violar usando un *keygen* o generador de claves de activación. Para evitar esta limitación, los *crackers* modifican determinados archivos del programa para que una clave falsa pueda ser utilizada, o simplemente se omite el paso de verificación y el *software* quede completamente activado y listo para ser usado.

<sup>510</sup> *Vid.* artículo 270 CP.

las de identidad, así como las encubiertas, pero que descubren, al despojarles de los ardidés y ropajes que las disfrazan, su total similitud con la obra original, produciendo un estado de apropiación y aprovechamiento de la labor creativa y esfuerzo ideario o intelectual ajeno. No procede confusión con todo aquello que es común e integra el acervo cultural generalizado o con los datos que las ciencias aportan para el acceso y conocimiento por todos, con lo que se excluye lo que supone efectiva realidad inventiva, sino más bien relativa, que surge de la inspiración de los hombres y difícilmente, salvo casos excepcionales, alcanza neta, pura y total invención, desnuda de toda aportación exterior. Por todo lo cual el concepto de plagio ha de referirse a las coincidencias estructurales básicas y fundamentales y no a las accesorias, añadidas, superpuestas o modificaciones no trascendentales»<sup>511</sup>.

El plagio puede realizarse, principalmente, del programa en sí mismo o de su *look & feel*<sup>512</sup>. En relación a la primera de las conductas, el artículo 100.6.c) LPI indica que ello ocurrirá cuando para desarrollarlo se hubiera hecho uso de otro programa anterior que fuera «sustancialmente similar en su expresión», siendo importante no dejarse influenciar únicamente por la interfaz -que obviamente sí podrá considerarse como un indicio- ya que, aunque puede ser muy similar, ello no significa que el motor o instrucciones del programa -invisibles para el usuario- no sean originales. Por tanto, este análisis es fundamentalmente labor de los peritos informáticos, expertos en desgranar la forma en la que se ha elaborado un determinado *software* y capaces de determinar si este ha sido o no plagiado de otro creado con anterioridad. Respecto al plagio de *look & feel*, este ha sido objeto de importantes litigios en Estados Unidos, al entender la parte demandante que se ha

---

<sup>511</sup> STS de 23 de marzo de 1999.

<sup>512</sup> El término *look & feel* podría equipararse a la impresión y sensación que provoca, para el usuario de una aplicación informática la forma en que esta se muestra a través de la pantalla.

visto perjudicada porque la demandada había imitado la apariencia sensorial del *software* de la demandante<sup>513</sup>.

### 5.7.2 Protección de la propiedad intelectual en los ámbitos civil y penal

Las vulneraciones contra los derechos de propiedad intelectual podrán perseguirse por vía civil y/o penal. Sin embargo, no es habitual la aplicación del tipo penal en las relaciones negociales de *outsourcing*.

#### 5.7.2.1 Acciones y procedimientos en la LPI ante una conducta infractora

Respecto a las medidas de protección ante una infracción de derechos de propiedad intelectual, los artículos 138 a 143 LPI establecen las acciones y procedimientos que tiene a su disposición el titular de los derechos afectado por dicha conducta. En el caso concreto de una infracción de derechos relacionados con los programas de ordenador, el artículo 103 LPI realiza una referencia cruzada a los mencionados artículos, por lo que las acciones y procedimientos, independientemente del tipo de obra sobre la que se produzca la infracción, serán los mismos.

En virtud de lo establecido por el artículo 138 LPI, el titular de los derechos afectado por una infracción, sin perjuicio de otras acciones que le correspondan, podrá instar el cese de la actividad ilícita del infractor y exigir la indemnización de

---

<sup>513</sup> Algunas compañías tratan de hacer valer el *copyright* del *look and feel* de sus productos. Apple Computer Inc. intentó, con cierto éxito, bloquear a otros desarrolladores de *software* alegando que tenía un *copyright* sobre la apariencia de su *software*, y demandó a Microsoft Corp. basándose en que el sistema operativo Windows<sup>®</sup> había copiado ilegalmente la GUI de su Mac<sup>®</sup> y elementos tales como el escritorio, los iconos, las ventanas que se podía mover y modificar de tamaño, etc. El Tribunal falló que Apple no podía obtener una protección similar a la de una patente sobre la idea de la GUI ni de los elementos sobre los que alegaba ostentar el *copyright*. Vid. «Apple Computer, Inc. v. Microsoft Corp.», 35 F.3d 1435, 9th Cir., 1994. De hecho, como es sabido, Microsoft Corp. ha venido desarrollando sucesivas versiones de su famoso sistema operativo Windows<sup>®</sup> sobre la misma idea de interfaz gráfica de usuario.

los daños materiales y morales causados. También podrá instar la publicación o difusión, total o parcial, de la resolución judicial o arbitral en medios de comunicación a costa del infractor.

A continuación se analizan en que consiste expresamente la acción de cese de la actividad ilícita y la indemnización de los daños causados, así como las medidas cautelares que, en su caso, pudieran solicitarse.

#### 5.7.2.1.1 *Cese de la actividad ilícita*

El artículo 139 LPI enumera los actos que podrán llevarse a cabo para conseguir el cese de la actividad ilícita, resultando especialmente de aplicación al *outsourcing* los siguientes: (i) la suspensión de la explotación o actividad infractora; (ii) la prohibición al infractor de reanudar la explotación o actividad infractora; (iii) la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción, incluyendo los elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, creación o fabricación de ejemplares ilícitos; (iv) el comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador; y (v) la remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquella no fuera su único uso.

#### 5.7.2.1.2 *Indemnización*

En opinión de N. GARCÍA<sup>514</sup>, en España es tradicional la distinción entre la protección de dos aspectos esenciales de la propiedad intelectual: la vertiente

---

<sup>514</sup> GARCÍA RIVAS, N. *La Ley Penal*, nº 107, Sección Estudios, editorial La Ley, marzo-abril 2014.

económica o patrimonial de los mismos y la vertiente extrapatrimonial. Esta segunda vertiente se corresponde con los denominados derechos morales de autor, derechos recogidos en el artículo 14 LPI.

Según reza el artículo 140 LPI, la indemnización por daños y perjuicios debida al titular del derecho infringido comprenderá el valor de la pérdida que haya sufrido y, adicionalmente, el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. La indemnización podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que haya incurrido el titular para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción objeto del procedimiento judicial. La acción para reclamar los daños y perjuicios prescribirá a los cinco años desde que el legitimado pudo ejercitarla.

La indemnización por daños y perjuicios se fijará, a elección del perjudicado, conforme a alguno de los criterios siguientes: (i) las consecuencias económicas negativas -entre ellas se incluyen la pérdida de beneficios que haya sufrido el titular así como los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita de la obra-, incluido el posible daño moral causado; y (ii) la cantidad que, como remuneración, hubiera percibido el perjudicado si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión.

En relación al daño moral, el TC admitió que este «es el infringido a la dignidad, a la estima moral, y cabe en las personas jurídicas. Ya la antigua sentencia de 31 de marzo de 1930 se refirió en sentido afirmativo a las lesiones al prestigio mercantil de una persona moral o jurídica que sufría la afrenta»<sup>515</sup>. El daño moral puede producirse bien por la vulneración de los derechos morales, bien por la vulneración de los derechos patrimoniales -cuya agresión también puede generar

---

<sup>515</sup> STC 127/2002, de 20 de febrero.



un daño moral-<sup>516</sup>. La prueba del daño moral, sin embargo, no es sencilla<sup>517</sup> y quizás sea esta una de las razones por las que el artículo 140.2.a) establece, en lo referido al daño moral causado, que la indemnización aplicará incluso si no fuera posible por el perjudicado probar perjuicio económico alguno. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. Adicionalmente, el titular que esté solicitando judicialmente la reparación del daño moral podrá solicitar las correspondientes medidas propias de la tutela inhibitoria; esto es, la acción de cesación y la acción de abstención, encaminada esta última a que, en el futuro, no se reincida una conducta similar.

A pesar de lo anterior, el sistema establecido para la cuantificación de la indemnización resulta, en muchas ocasiones, insuficiente para disuadir la infracción, debido a la dificultad de probar y cuantificar las consecuencias económicas negativas de la infracción y al no imponerse multa o sanción adicional alguna al infractor.

#### 5.7.2.1.3 Medidas cautelares

---

<sup>516</sup> La SAP de Madrid, de 2 de diciembre de 2008, afirmó lo siguiente: «El propio artículo 138 LPI. contempla, en abstracto, la posibilidad de que padezcan daños morales todos aquellos que sean titulares de alguno de los derechos que la propia ley reconoce, y, por lo tanto, no sólo los titulares de los derechos morales que regula el referido artículo 14 sino también quienes ostenten los derechos de explotación regulados en los artículos 17 y siguientes (reproducción, distribución, comunicación pública y transformación). En definitiva, el carácter eventualmente “moral” del daño que pueda ser consecutivo a un acto de violación de derechos de propiedad intelectual y el carácter “moral” de algunos de dichos derechos (los del artículo 14 LPI) son nociones que no se interfieren desde el momento en que nada impide que de la infracción de típicos derechos de explotación (artículos 17 a 21 LPI) puedan derivarse quebrantos de naturaleza moral además, en su caso, de los de índole material».

<sup>517</sup> La STS, de 10 de febrero de 2006, afirma que «los daños morales, efectivamente, no resultan de pruebas directas u objetivas, por lo que cabe su cuantificación judicial atendiendo a las circunstancias concurrentes».

El artículo 138 LPI establece que el titular de los derechos afectados por una infracción podrá solicitar, con carácter previo a las medidas de cese de actividad e indemnización analizadas previamente, la adopción de las medidas cautelares de protección urgente. A este respecto, el artículo 141 LPI establece que, en caso de infracción o cuando exista temor racional y fundado de que esta va a producirse de modo inminente, la autoridad judicial podrá decretar, a instancia de los titulares de los derechos, las medidas cautelares que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos.

En especial, en relación al *outsourcing* podrán decretarse, entre otras, las siguientes: (i) la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate; (ii) la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de la LPI, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica; (iii) el secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública; y (iv) el secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador.

La posibilidad de adopción de las medidas cautelares será inexistente si no se presentara la correspondiente demanda en los términos previstos en la LEC.

En las causas criminales que se sigan por infracción de los derechos de propiedad intelectual podrán adoptarse las medidas cautelares indicadas, sin perjuicio de cualesquiera otras establecidas en la legislación procesal penal.

### 5.7.2.2 Delitos contra la propiedad intelectual

La Sección 1ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro I del CP, cuya última reforma se ha llevado a cabo por la LO 1/2015, tipifica los delitos contra la propiedad intelectual con el objetivo de contribuir a la protección y efectividad de los derechos de propiedad intelectual, elevando a esta categoría las infracciones cuando concurren ánimo de lucro y perjuicio de tercero, sin los cuales la conducta infractora constituiría únicamente un ilícito civil.

Según M. A. RODRÍGUEZ<sup>518</sup>, el ánimo de lucro es, junto al perjuicio ocasionado a un tercero, el elemento que cualifica el ilícito civil para convertirlo en penal. El ánimo de lucro consiste en la obtención de una ganancia, ventaja económica o provecho de cualquier tipo. El ánimo de lucro no se debe presumir, ha de ser probado por indicios y, en modo alguno, es consustancial a los delitos defraudatorios el que el autor consiga un efectivo y notorio enriquecimiento<sup>519</sup>. El perjuicio de tercero, por su parte, implica daño o lesión, que debe estar siempre presente para que haya delito. Y también ha de existir un tercero perfectamente individualizado o determinado<sup>520</sup>.

A continuación se analizan aquellas conductas que, en el seno de una relación de *outsourcing*, pudieran ser constitutivas de delito.

El artículo 270.1 CP tipifica como delito aquella conducta que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique públicamente o de cualquier otro modo

---

<sup>518</sup> RODRÍGUEZ ANDRÉS, M. A. *La Ley Penal*, editorial La Ley, nº 28, Sección Informe de Jurisprudencia, Junio 2006.

<sup>519</sup> SAP de Córdoba, de 12 de junio de 2002.

<sup>520</sup> STS de 2 de octubre de 2002.

explote económicamente, en todo o en parte, una obra o su transformación fijada en cualquier tipo de soporte o comunicada a través de cualquier medio, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios. Las conductas descritas en el artículo 270.1 CP se castigan con prisión de seis meses a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.

El artículo 270.6 CP tipifica como delito la fabricación, importación, puesta en circulación o posesión con una finalidad comercial de cualquier medio principalmente concebido, producido, adaptado o realizado para facilitar la supresión no autorizada o la neutralización de cualquier dispositivo técnico que se haya utilizado para proteger programas de ordenador o cualquiera otras obras.

La tipificación de los delitos contra la propiedad intelectual se complementa con un tipo agravado que, conforme dispone el artículo 271 CP, viene cualificado por la realización de las conductas tipificadas en el artículo 270 CP siempre que en las mismas concorra alguna de las circunstancias que se indican a continuación: (i) que el beneficio obtenido o que se pueda obtener posea especial trascendencia económica; (ii) que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados; (iii) que el culpable pertenezca a una organización o asociación que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual; y/o (iv) que se utilice a menores de dieciocho años para cometer estos delitos. En estos supuestos, las penas pasan a ser de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido por un período de dos a cinco años.

## 6 LA RESPONSABILIDAD CIVIL

### 6.1 Aspectos generales de la responsabilidad civil

No debe olvidarse que la premisa principal es que si no se produce un daño no hay responsabilidad, por lo que no habrá nada que reparar. Únicamente si se produjera un daño, a través del Derecho de daños se permite reparar el perjuicio que el responsable hubiera ocasionado al perjudicado, de forma que su situación jurídica patrimonial así como, si fuera posible, extrapatrimonial, quede en idéntica situación a la que tenía antes de producirse el evento dañino. En una relación de *outsourcing*, ambas partes pueden producirse, recíprocamente, daños como consecuencia de la prestación/recepción del servicio. Sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que lo más habitual es que sea el prestador el que cause daños y perjuicios al cliente, asumiendo la consecuente responsabilidad civil derivada de su acto dañino.

En el presente Capítulo se usa el término «presunto responsable» para designar al sujeto -cliente o prestador- sobre el que recaerá la obligación de indemnizar una vez se hubiera corroborado que se dan todos los elementos de la responsabilidad. Y el término «perjudicado» para referirnos al sujeto -cliente, prestador o tercero ajeno a la relación comercial de *outsourcing*- que padeció directamente el daño.

#### 6.1.1 Definición de responsabilidad civil

La naturaleza de la responsabilidad civil es privada, exigiéndose en el ámbito de relaciones privadas, en el contexto de la prestación de servicios<sup>521</sup>. Su finalidad

---

<sup>521</sup> En relación al Derecho de daños y la responsabilidad civil, *vid.*, entre otros, SANTOS BRIZ, J. *Derecho de daños*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963; DE ÁNGEL YAGÜEZ, R.

es la estricta reparación de los daños y perjuicios causados por la acción de una de las partes de la relación, no tanto castigar al responsable del daño. Es por ello por lo que no debe confundirse con la responsabilidad administrativa o penal, la cual tiene como objetivo principal sancionar unos hechos y no compensar unos daños concretos, sino proteger situaciones de necesidad con el reconocimiento de prestaciones tasadas por la Ley.

En palabras de L. F. REGLERO, «un determinado sujeto será responsable de un incumplimiento de un deber o de una obligación, o de causar un daño, siempre que dicho incumplimiento le sea imputable»<sup>522</sup>. Para J. L. CONCEPCIÓN lo realmente importante es el daño causado y su reparación cuando este ha sido injustamente causado -esto es, atendiendo a los artículos que regulan las fuentes de las obligaciones que, en virtud del artículo 1.089 CC, tienen su origen en la Ley, en los contratos y cuasi contratos y en los actos y omisiones ilícitos que intervenga cualquier género de culpa o negligencia<sup>523</sup>. M. YZQUIERDO, por su parte, entiende que es necesario que exista una acción u omisión vinculada a un daño por un nexo causal para que se impute responsabilidad civil y que se constate que se da el adecuado factor de atribución que justifique la imputación del daño a un patrimonio determinado<sup>524</sup>. L. MARTINEZ distingue la responsabilidad contractual de la extracontractual en los siguientes términos: «si efectivamente la conducta

---

*Tratado de responsabilidad civil*, editorial Civitas, Madrid, 1993; CAVANILLAS MÚGICA, S. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1987; GUSTAVINO, E. *Responsabilidad Civil y otros problemas jurídicos en computación*, editorial La Roca, Buenos Aires, 1997; PARELLADA, C. A. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1990; BAUZA REILLY, M. *Responsabilidad civil en materia informática*, Informática y Derecho, vol. 1, 1996, pp. 321-342.

<sup>522</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. "Conceptos generales y elementos de delimitación" en *Tratado de responsabilidad Civil*, (Coord.) REGLERO CAMPOS, L. F., T. I., edición 3ª, editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 52.

<sup>523</sup> CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Derecho de daños*, editorial 2ª, editorial Bosh, Barcelona, 1999, p. 39.

<sup>524</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, editorial Dykinson, Madrid, 2001, p. 109.

contraventora supone la vulneración a la *lex privata contractus*, se producirá la responsabilidad contractual, si se contraviene la ley de *naeminem laedere* se estará en la responsabilidad extracontractual»<sup>525</sup>.

Con carácter general, la responsabilidad civil tiene dos objetivos. Por un lado, resarcir, compensar, reparar o indemnizar por un daño injusto causado a un tercero, tratando de mantener indemne al que sufrió el daño<sup>526</sup>. Por otro, prevenir o disuadir que cualquier persona cause un daño y que tome las medidas oportunas para ello<sup>527</sup>.

### 6.1.2 Elementos que configuran la responsabilidad civil

Los elementos que conforman la responsabilidad civil son los siguientes: los sujetos, el hecho generador, la imputación subjetiva, el nexo causal y el daño. A continuación se analiza cada uno de ellos.

#### 6.1.2.1 Sujetos

Nos encontramos con dos sujetos: (i) el presunto responsable, que será aquel sobre el que recaerá la obligación de indemnizar una vez se hubiera corroborado que se dan todos los elementos de la responsabilidad; y (ii) el perjudicado, que se corresponderá con aquel que padeció directamente el daño.

---

<sup>525</sup> MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable*. Asociación de profesores de derecho civil, 2010, pág. 3.

<sup>526</sup> REGLERO CAMPOS, L. F., *op. cit.*, p. 64.

<sup>527</sup> CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., *op. cit.*, p. 46.

### 6.1.2.2 Hecho generador

Se refiere a aquella acción u omisión que efectúa el presunto responsable. En términos generales, se puede entender por acción cualquier acto que provoca, de forma mediata o inmediata, un daño<sup>528</sup>. La omisión, por su parte y en opinión de L. DÍEZ-PICAZO «solo es fuente de responsabilidad si existe un especial deber legal o negocial de obrar, con independencia, en materia civil, de que ocupe la posición de garante»<sup>529</sup>. Para determinar el hecho generador deberá analizarse si se está en sede de responsabilidad contractual o extracontractual.

### 6.1.2.3 Imputación subjetiva

Se trata de analizar si es posible o no atribuir la conducta del presunto responsable al hecho generador. Según el tipo de responsabilidad, deberá analizarse el grado de diligencia y cuidado que era exigible al presunto responsable y el que efectivamente empleó.

El Derecho español ha mantenido un sistema subjetivo o por culpa, lo que significa que el presunto responsable únicamente deberá indemnizar al perjudicado si es posible acreditar su culpa, bien porque su intención fue la de provocar el daño, bien porque lo provocó como consecuencia de un descuido o negligencia. Deberá ser el perjudicado el que deba probar esa culpabilidad, ya que no habrá lugar a responsabilidad del presunto responsable si el daño se hubiera producido por causas totalmente ajenas al proceder y a la voluntad de este último, en cuyo caso quedará exonerado de responsabilidad. Por tanto, la imputación de responsabilidad deriva de la mera culpabilidad del causante del daño: el autor queda obligado a

---

<sup>528</sup> ROCA TRÍAS, E y NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños. Textos y materiales*, edición 6ª, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 94.

<sup>529</sup> DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Derecho de daños*, editorial Cívitas, Madrid, 1999, pp. 44-45.



repararlo porque tuvo la culpa de haberlo causado, ya sea porque actuó con dolo o porque lo hizo de forma descuidada o negligente.

A continuación se analizan las conductas que puede llevar a cabo el presunto responsable para causar el daño al perjudicado.

#### 6.1.2.3.1 *Dolo*

Se puede definir el dolo como la intención deliberada de causar daño a otro. Se trata, en palabras de N. ÁLVAREZ, de «aquella acción u omisión que realiza el deudor para eludir el cumplimiento de sus obligaciones consciente del resultado que va a producir, resultado que no es aquí sinónimo de daño, sino que se proyecta al hecho típico, que la ley valora como incumplimiento»<sup>530</sup>. El comportamiento doloso puede ocurrir por acción u omisión.

El artículo 1.107 CC entiende, al respecto, que «contrapone la buena fe al dolo y hace coincidir este con la mala fe y para ello no se precisa la intención de perjudicar y basta tan sólo con infringir de modo voluntario el deber jurídico que pesaba sobre el deudor, conscientemente». La jurisprudencia señala que «es doctrina constante de nuestro más alto Tribunal que no se puede hablar de dolo civil en la intencionalidad de dañar que lo equipararía al dolo penal y aun cuando son dolosos los daños realizados con malicia o intención, sólo cabe apreciarlo cuando existe una voluntad deliberadamente rebelde al cumplimiento de lo convenido, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1107 CC que hace coincidir el

---

<sup>530</sup> ÁLVAREZ LATA, N. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, editorial Comares, Granada, 1998, p. 142.

dolo con la mala fe, con infracción de modo voluntario del deber que pesa sobre el arrendatario, con la conciencia de realizar un daño antijurídico»<sup>531</sup>.

Será posible actuar con dolo tanto en el ámbito contractual como en el extracontractual. En el primero de los ámbitos, el TS entiende que en el dolo existe un «voluntario incumplimiento y una consciente, deliberada y reflexiva conculcación de lo ordenado en el contrato»<sup>532</sup>. El artículo 1.107 CC establece que, en caso de dolo, responderá el responsable de todos los daños y perjuicios que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la obligación, aunque estos fueran imprevisibles al tiempo de constituirse la obligación. Sin embargo, si se actúa de buena fe, el responsable responderá únicamente de aquellos daños y perjuicios que fueran previsibles -o se hubieran podido prever- cuando nació la obligación<sup>533</sup>. Sin embargo, en sede extracontractual, el TS lo ha definido como aquella «conducta intencional o al menos plenamente consciente del daño ajeno»<sup>534</sup>.

#### 6.1.2.3.2 *Culpa*

El artículo 1.902 CC dispone que «el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado». Por tanto, el que hubiera causado un daño deberá asumir las consecuencias de su conducta. El artículo 1.104 CC, por su parte, dispone que «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que corresponda a un buen padre de familia». En

---

<sup>531</sup> SAP de Valencia, de 15 de diciembre de 1994.

<sup>532</sup> STS de 30 de noviembre de 1999.

<sup>533</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 244.

<sup>534</sup> STS de 30 de marzo 2005.

relación a lo anterior, debe recordarse que, conforme al artículo 1.105 CC, «fuera de los casos mencionados por la ley y de los en que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse o, que, previstos, fueran inevitables».

En el ámbito contractual, el cliente y el prestador podrán, en base a su voluntad, especificar en qué consiste la diligencia debida e incluso pactar qué actos u omisiones concretas serán catalogadas como culpa. Sin embargo, si las partes no hubieran pactado qué se entiende por diligencia debida o la Ley no la estableciera para el caso concreto, se deberá atender al modelo de buen padre de familia. Para ello, se comparará la conducta llevada a cabo por el presunto responsable con lo que haría el buen padre de familia en el mismo caso, bajo las mismas circunstancias externas de tiempo y lugar. El TS<sup>535</sup> expone que el «estándar de conducta exigible es definido en los “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil” como el de una persona razonable que se halle en las mismas circunstancias, y depende, en particular, de la naturaleza y el valor del interés protegido de que se trate, de la peligrosidad de la actividad, de la pericia exigible a la persona que la lleva a cabo, de la previsibilidad del daño, de la relación de proximidad o de especial confianza entre las personas implicadas, así como de la disponibilidad y del coste de las medidas de precaución y de los métodos alternativos».

Esta cuestión, en el ámbito extracontractual, no actúa de la misma forma. Al existir diferentes grados de diligencia, se ha debatido si debe aplicarse el mismo grado que a la responsabilidad contractual. Y el TS zanjó la cuestión estableciendo que el responsable incurre en responsabilidad hasta por culpa levísima<sup>536</sup>. De hecho, la diligencia exigida por el TS ha sido, en ocasiones, tan elevada que los

---

<sup>535</sup> STS de 5 de noviembre de 2014.

<sup>536</sup> STS de 11 de abril 2011.

demandados no han podido eximirse de responsabilidad ya que se imponen precauciones que únicamente una persona extraordinariamente cuidadosa adopta, no correspondiente con el estándar de «hombre medio». Y así lo ha reconocido el propio TS<sup>537</sup>.

#### 6.1.2.4 Nexo causal

El nexo causal es otro de los elementos cuya concurrencia resulta imprescindible para que tenga lugar responsabilidad civil. Se entiende por nexo causal, siguiendo a J. M. OSSORIO<sup>538</sup>, una relación de causalidad o de causa-efecto entre el comportamiento del presunto responsable y la producción del daño. Esto es, que sea la conducta del presunto responsable la que provoque el daño, de tal modo que sus consecuencias sean imputables al mismo<sup>539</sup>. El TS expone, al respecto, que «la doctrina más moderna ha acuñado el principio de la causalidad adecuada, de tal forma que para la determinación de la existencia de relación o enlace preciso y directo entre la acción u omisión y el daño o perjuicio producido, exige para apreciar la culpa del agente, que el resultado sea una consecuencia natural, adecuada y suficiente de la determinación de la voluntad, debiendo entenderse como consecuencia natural, aquella que propicia, entre el acto inicial y el resultado dañoso, una relación de necesidad, conforme a los conocimientos normalmente aceptados, debiendo valorarse, en cada caso concreto, si el acto que

---

<sup>537</sup> STS de 5 de septiembre 2007.

<sup>538</sup> OSSORIO SERRANO, J. M., *Derecho de daños y responsabilidad civil*, edición 1ª, editorial La Ley, Madrid, 2011.

<sup>539</sup> Vid. entre otros, JORDANO FRAGA, F. *Obligaciones de medios y resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, Anuario de Derecho Civil, nº 44, 1991, pp. 78-80 y Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, edición 9ª, editorial Tecnos, Madrid, 2001, p. 200.

le antecede que se valora como causa, tiene virtualidad suficiente para que del mismo derive, como consecuencia necesaria, el efecto lesivo producido»<sup>540</sup>.

Si bien en ocasiones es relativamente sencillo apreciar el nexo causal, existen algunos escenarios en los que es más problemático de determinar. Piénsese, por ejemplo, aquellos supuestos en los que existen no una sino varias circunstancias que provocan el daño.

El régimen de la prueba está regulado de forma general en el artículo 1.214 CC: «incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento, y la de su extinción a quien la opone». Por tanto, corresponde al perjudicado la carga de la prueba para acreditar que ha existido nexo causal entre la conducta del presunto responsable y el daño causado. Y, al contrario, para exonerarse de responsabilidad en este punto, el presunto responsable deberá poder probar la concurrencia de alguna de las circunstancias que rompen el nexo de causalidad, tales como el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero, etc. Incluso puede ocurrir que dichas circunstancias no rompan el nexo causal por completo pero sí parcialmente -e. g. que haya concurrencia de culpas con un tercero o con el perjudicado-.

La exoneración de responsabilidad parece evidente en los supuestos de fuerza mayor, fuerza imprevisible e inevitable, pero no tanto en los de caso fortuito, en los que deberá distinguirse entre la procedencia externa o interna del obstáculo que impidió el cumplimiento de la obligación, para exonerar de responsabilidad cuando el daño se causó por un hecho imprevisto ajeno al presunto responsable, mientras que la exoneración no aplicará si el daño se causó por hecho fortuito que debió preverse en el curso ordinario de la actividad empresarial, ya que, cuando se trata de un hecho previsible y evitable que se produce dentro de la prestación

---

<sup>540</sup> STS de 30 noviembre de 2012.

normal del servicio de *outsourcing*, no puede liberarse de responsabilidad a quien pudo prever y evitar el riesgo y no lo hizo por obrar con culpa.

#### 6.1.2.5 Daño

##### 6.1.2.5.1 *Concepto*

Se trata de otro elemento cuya concurrencia resulta imprescindible para que surja responsabilidad civil. El CC no aporta definición de daño alguna. Se puede definir el daño como cualquier menoscabo que sufra una persona, ya sea en sus propios atributos personales o en sus bienes, a consecuencia de un determinado evento o acontecimiento. E. ROCA lo define como «un perjuicio que puede derivar del incumplimiento del contrato, o de la lesión causada a través de acciones u omisiones que tengan como base una intención de dañar»<sup>541</sup>.

Para que exista daño deberán concurrir, al menos, tres requisitos: (i) que el daño sea cierto, debiendo existir al momento de la reclamación<sup>542</sup> y ser cuantificable<sup>543</sup>; (ii) que el daño que se reclama exista al momento de la reclamación o se trate de un daño que se presentará en el futuro<sup>544</sup>; y (iii) que se trate de un daño causado al perjudicado -daño directo- y/o a terceros como consecuencia del directamente percibido por el perjudicado -daño mediato-<sup>545</sup>.

---

<sup>541</sup> ROCA TRIAS, E y NAVARRO MICHEL, M., *op. cit.*, p. 17.

<sup>542</sup> STS de 9 de abril 1996.

<sup>543</sup> La STS, de 31 de mayo de 2000, señaló que no son necesarias las pruebas de tipo objetivo para el caso del daño moral.

<sup>544</sup> En relación al daño a futuro debe quedar acreditada la certeza de que este se ocasione, sin que quepa alegar un daño aleatorio o eventual.

<sup>545</sup> *Vid.* CONCEPCION RODRIGUEZ, J. L., *op. cit.*, pp. 72-80.

El concepto de «daños» se utiliza, por gran parte de la doctrina, como sinónimo o de similitud evidente con el de «perjuicios». Para J. M. OSSORIO<sup>546</sup>, aunque en la práctica la cuestión carece de especial relevancia, pudiera decirse que el término «daños» se reserva para los que sufren directa e inmediatamente los bienes afectados por el evento del que se trate -por ejemplo, la imposibilidad de acceder al sistema informático como consecuencia de un error en un correctivo aplicado en virtud de un servicio de mantenimiento de aplicaciones-, mientras que los perjuicios serían los que indirectamente sobrevienen a consecuencia de tal evento y que afectan al patrimonio del perjudicado -los que se producen a resultas de tener que dedicar un esfuerzo extra por parte del cliente para colaborar en la solución del error-.

En cualquier caso, la realidad y cuantía de los daños deberá probarse y la indemnización deberá corresponderse con las circunstancias de los hechos, la culpa concurrente y la situación económica del perjudicado, entre otros factores. La cuantificación de los daños a indemnizar es propia y soberana de los órganos jurisdiccionales que tienen la obligación de valorar las pruebas con prudente arbitrio, acudiendo a principios de equidad y razonando la cuantificación.

#### 6.1.2.5.2 *Tipologías de daño*

A través de la prestación de un servicio de *outsourcing* se pueden provocar daños de tipología distinta, que se dividen principalmente en dos grupos: patrimonial o económico y extrapatrimonial o moral.

---

<sup>546</sup> OSSORIO SERRANO, J. M., *op. cit.*

#### 6.1.2.5.2.1 Daño patrimonial o económico

El daño patrimonial impacta negativamente en el conjunto de bienes y derechos de naturaleza patrimonial del perjudicado. La indemnización del mismo se relaciona con el principio de reparación integral y tomará en consideración el valor que el bien patrimonial dañado tiene en el mercado, por lo que suele ser relativamente sencilla su cuantificación.

Dentro del concepto de daño patrimonial es posible diferenciar dos categorías diferentes: daño emergente y lucro cesante.

El daño emergente es la pérdida patrimonial directa y evidente causada en el patrimonio del perjudicado a resultas del acto que lo haya originado, o que efectivamente se va causar<sup>547</sup>. Dentro del daño emergente tiene cabida, no solo los daños materiales que sean consecuencia directa del evento dañino, sino también cualesquiera otros que se hayan ocasionado y de los que traigan causa inmediata.

Por su parte, el lucro cesante es el beneficio o ingreso que el perjudicado ha dejado o dejará de percibir como consecuencia directa del suceso dañino<sup>548</sup>. La determinación del lucro cesante, por tratarse de un daño a futuro, presenta mayores dificultades de prueba en la práctica, por lo que deberán evitarse vaguedades e indeterminaciones y acudirse al juicio de probabilidad o verosimilitud atendiendo al curso normal de los acontecimientos<sup>549</sup>. El TS argumenta que «el lucro cesante tiene una significación económica; trata de obtener la reparación de la pérdida de ganancias dejadas de percibir, concepto distinto del de los daños materiales [...], cuya indemnización por ambos conceptos debe cubrir todo el

---

<sup>547</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 150.

<sup>548</sup> *Vid.* artículo 1.106 CC.

<sup>549</sup> DÍEZ-PICAZO, L. *Derecho de daños*, *op. cit.*, p. 323.



quebranto patrimonial sufrido por el perjudicado [...]. El lucro cesante, como el daño emergente, debe ser probado; la dificultad que presenta el primero es que sólo cabe incluir en este concepto los beneficios ciertos, concretos y acreditados que el perjudicado debía haber percibido y no ha sido así; no incluye los hipotéticos beneficios o imaginarios sueños de fortuna. Por ello, esta Sala ha destacado la prudencia rigorista [...] o incluso el criterio restrictivo [...] para apreciar el lucro cesante; pero lo verdaderamente cierto, más que rigor o criterio restrictivo, es que se ha de probar [...] el beneficio dejado de percibir -lucro cesante- y la realidad de este, no con mayor rigor o criterio restrictivo que cualquier hecho que constituye la base de una pretensión»<sup>550</sup>.

#### 6.1.2.5.2.2 Daño extrapatrimonial o moral

Esta categoría de daño no tiene regulación en el CC, aunque sí se recoge en el CP y en determinadas leyes especiales -e. g. la LPI y la LO 1/1982-. Se trata de daños a bienes jurídicos que no pertenecen al patrimonio del perjudicado<sup>551</sup>, sino que tienen carácter extrapatrimonial y no son susceptibles de ser reparados en sentido estricto. A pesar de que su prueba y su cuantificación son complejas, ya que se trata de bienes inmateriales que carecen de un valor concreto en el mercado, la compensación no pretende la reintegración de un patrimonio sino que busca una posible una satisfacción como compensación al daño que se ha causado.

Los daños corporales son un tipo de daños extrapatrimoniales, ya que afectan a la salud e integridad física de las personas.

---

<sup>550</sup> STS de 5 de noviembre de 1998.

<sup>551</sup> VICENTE DOMINGO, E. "El daño" en *Tratado de responsabilidad Civil*, (Coor.) REGLERO CAMPOS, L. F. *op. cit.*, pp. 336 y ss.

Los casos en que se estiman existentes este tipo de daños han ido en aumento. El TS, incluso, ha llegado a aceptar este tipo de daños en personas jurídicas «por el ataque al prestigio, dignidad y estima moral de la empresa»<sup>552</sup>.

---

## 6.2 Responsabilidad civil contractual y extracontractual

Los daños pueden darse en dos ámbitos jurídicos claramente diferenciados: contractual y extracontractual. En ambos supuestos de responsabilidad, según se analiza a continuación, deberá acontecer la antijuridicidad del hecho generado, lo que significa que la acción u omisión deberá vulnerar el contrato mismo o las leyes que lo rigen -en la responsabilidad contractual- o un mandato expreso según el principio de *alterum non laedere* -en la responsabilidad extracontractual-. Las dos consecuencias más importantes de adoptar una u otra figura se ven reflejadas en el diferente plazo de prescripción al que está sometida cada una de ellas y en el seguro de responsabilidad civil.

### 6.2.1 Responsabilidad civil contractual

La responsabilidad civil contractual, regulada en los artículos 1.101 y siguientes CC, nace como consecuencia de un incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación incluida en el contrato perfeccionado ente el presunto responsable y el perjudicado.

El citado artículo 1.101 CC establece expresamente que «quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran al tenor de aquellas». Para ello, tal y como se analizó en los elementos de la responsabilidad civil, deberá existir una imputación subjetiva a

---

<sup>552</sup> STS de 20 de febrero 2002.

quien incumplió la obligación así como un nexo causal entre el incumplimiento y el daño causado. De hecho, aunque se hubiera podido demostrar un incumplimiento del presunto responsable, si este no causó daño alguno no será posible imputarle responsabilidad civil.

La teoría general de los contratos establece que la contratante que hubiera incumplido o cumplido sólo parcialmente o de forma defectuosa la obligación pactada deberá indemnizar al otro por los daños y perjuicios que con su incumplimiento o defectuoso cumplimiento le haya ocasionado. En el ámbito de la responsabilidad contractual se produce el incumplimiento de un deber jurídico, derivado de la Ley que regula la naturaleza del contrato de *outsourcing*, gracias a la autonomía de la voluntad que concede la legislación civil al cliente y al prestador.

La responsabilidad contractual no deriva únicamente del incumplimiento de la prestación principal del contrato<sup>553</sup>. La doctrina mayoritaria ha aceptado que, en virtud del artículo 1.258 CC, los deberes accesorios derivados de la buena fe o de los usos de los negocios -e. g. el deber de información y el de protección-, forman también parte del contenido del contrato, por lo que su violación genera una responsabilidad que será estrictamente contractual<sup>554</sup>.

A modo de ejemplo, si el prestador se hubiera comprometido a desarrollar e implantar una aplicación informática en una fecha determinada y este, finalmente, se retrasa, seguramente ello ocasionará un perjuicio al cliente, que no verá

---

<sup>553</sup> DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (Coord.) DE AGUIRRE ALDAZ, C. M., *op. cit.*, p. 201.

<sup>554</sup> DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. 5. La responsabilidad civil extracontractual*, edición 1ª, editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011, p. 228. Así mismo, PARRA LUCÁN, M. A. *Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (Coord.) DE AGUIRRE ALDAZ, C. M., *op. cit.*, p. 854.

cumplidas las expectativas en virtud de las cuales contrató la prestación del servicio.

La responsabilidad civil derivada de accidentes laborales, entendidos estos como las lesiones corporales que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena<sup>555</sup>, es un supuesto de responsabilidad contractual, pues el daño se causa en la ejecución de un contrato de trabajo. En este caso, el supuesto responsable va a ser el titular de la empresa, pues como tal debe hacer frente a los riesgos que comporta el desarrollo de su actividad<sup>556</sup>.

La responsabilidad civil contractual prescribirá a los quince años, de acuerdo al artículo 1.964 CC, que regula el plazo para las acciones personales. El *dies a quo* para el cómputo de la prescripción será aquel en el que se reconozcan de modo definitivo los efectos del quebranto producido, pues sólo entonces se hallará el perjudicado en condiciones de valorar el alcance total del daño y el importe de la indemnización<sup>557</sup>.

---

<sup>555</sup> Vid. artículo 115.1 LGSS. El mismo precepto incluye expresamente determinadas situaciones en las que el accidente ha de ser considerado de trabajo -e. g. los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo, los ocurridos con ocasión de las tareas que ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario, las enfermedades que contraiga el trabajador por desempeñar su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo-, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que serán accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

<sup>556</sup> Frente a sus empleados es responsable de la seguridad y salud de estos. Adicionalmente, frente a terceros será responsable por crear una situación de riesgo.

<sup>557</sup> Vid. la STS de 17 de mayo de 1989 y la STS de 27 de febrero de 1996.

## 6.2.2 Responsabilidad civil extracontractual

La responsabilidad extracontractual o aquiliana<sup>558</sup>, cuya piedra angular de su regulación es el artículo 1.902 CC, se genera como consecuencia de un daño derivado de una acción u omisión cuando no existe un vínculo contractual entre el presunto responsable y el perjudicado, por lo que no se da incumplimiento ni defectuoso cumplimiento de una relación jurídica existente entre ambos. El deber incumplido es el de no dañar a los demás *-alterum non laedere-*, requiriéndose la concurrencia de una acción u omisión, daño, nexo causal y un criterio de imputación subjetivo. La responsabilidad, por tanto, no nace de un contrato sino de un acto dañoso.

Lo anterior no significa que el presunto responsable y el perjudicado no puedan tener una relación contractual, sino que lo relevante es que el daño sea ajeno a la ejecución del contrato formalizado entre ambas partes. En efecto, el TS ha reiterado que «no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial»<sup>559</sup>.

Ejemplos de responsabilidad aquiliana podrían ser, en el contexto de un contrato de *outsourcing* formalizado entre prestador y cliente, el incendio ocasionado por el prestador en el centro de procesamiento de datos del cliente como consecuencia de una colilla mal apagada tirada al suelo por uno de sus empleados mientras trabajaba en el mantenimiento de la infraestructura, la

---

<sup>558</sup> La responsabilidad civil por daños surge en la *Lex Aquilia*, la cual establecía una indemnización a los propietarios de los bienes lesionados por culpa de alguien.

<sup>559</sup> STS de 9 de enero de 1985.

inundación provocada por ese mismo empleado al no dejar bien cerrado un grifo tras su uso, etc. En ninguno de los supuestos se producen los daños como consecuencia de un incumplimiento o cumplimiento defectuoso de las obligaciones contenidas en el contrato de *outsourcing*.

Siguiendo a J. M. OSSORIO <sup>560</sup>, se está ante una de las fuentes de las obligaciones a las que alude el artículo 1.089 CC<sup>561</sup>. Este precepto incluye los actos y omisiones en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia como uno de los hechos que dan lugar al nacimiento de obligaciones. Si uno de esos actos u omisiones hubiera ocurrido, el artículo 1.093 CC remite al capítulo II del Título XVI del propio Libro IV, cuyo artículo 1.902 CC establece que, en ese supuesto, el causante del daño «[...] está obligado a reparar el daño causado». De lo anterior puede deducirse, por tanto, que aquel que con su proceder ocasiona un daño o perjuicio a un tercero, queda jurídicamente obligado a reparárselo, *in natura* o mediante la correspondiente indemnización económica.

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual viene produciéndose desde hace algún tiempo una objetivación de la responsabilidad en beneficio del perjudicado, con la finalidad de que sean muy pocos los daños que queden sin reparar.

Así, aun siendo su demostración harto complicada, correspondería al perjudicado acreditar la culpa o negligencia del presunto responsable, tal y como había confirmado el TS<sup>562</sup> desde un principio. Sin embargo, a pesar de no haberse modificado el literal del artículo 1.902 CC, en la actualidad y tras una evidente

---

<sup>560</sup> OSSORIO SERRANO, J. M., *op. cit.*

<sup>561</sup> Se refiere a los actos y omisiones ilícitos que dan lugar a la correspondiente responsabilidad civil, diferente de aquellos otros actos y omisiones tipificados como delitos o faltas en el ordenamiento penal.

<sup>562</sup> STS de 31 de octubre de 1931.

inversión de la carga de la prueba, recaerá en el presunto responsable del daño la acreditación fehaciente de que actuó con la diligencia debida<sup>563</sup>.

La prescripción de la responsabilidad extracontractual, de acuerdo al artículo 1.968.2 CC, se sitúa en un año, muy por debajo de los quince años a la que está sometida la responsabilidad contractual.

### 6.2.3 Concurrencia de responsabilidades

A pesar que la teoría de la responsabilidad parece clara, suceden en la práctica situaciones en las que se produce un daño sin que esté claro si este se deriva una acción de responsabilidad contractual o extracontractual, sobre todo cuando entre el presunto responsable y el perjudicado existe una relación contractual previa. Para determinar la categoría de responsabilidad en la que deberá incardinarse la conducta dañina será necesario analizar si el daño se ha producido como consecuencia o no de un incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación incluida en el contrato que los interesados habían formalizado. La concurrencia puede ocurrir, por ejemplo, cuando se produzca un daño en el ámbito contractual, pero la existencia del contrato no sea lo fundamental si se pudiera acreditar que el daño se ha producido como consecuencia de la desobediencia del deber genérico de no causar daño -en los términos establecidos en el artículo 1.902 CC-.

Sin embargo, tras el análisis anterior podría verificarse que, efectivamente, el hecho dañino que da lugar a la responsabilidad caiga en el seno de la responsabilidad contractual propia del contrato de *outsourcing*, pero, adicionalmente, en la órbita del ilícito aquiliano. Ello plantearía un escenario de

---

<sup>563</sup> Esta postura supone, hoy día, doctrina jurisprudencial consolidada, que se inició con la STS de 10 de julio de 1943.

conurrencia de responsabilidades -contractual y extracontractual-. Para verificar esta concurrencia, según defiende G. GARCÍA<sup>564</sup>, deberán cumplirse tres requisitos: (i) el hecho causante de la responsabilidad deberá, al mismo tiempo, suponer el incumplimiento de una obligación contractual y extracontractual; (ii) el perjudicado por el incumplimiento contractual y extracontractual deberá ser el mismo sujeto; y (iii) el responsable de la doble infracción contractual y extracontractual deberá ser la misma persona física o jurídica. De esta forma, tal y como indica N. ÁLVAREZ<sup>565</sup>, se le va a conceder al perjudicado la posibilidad de elegir entre la vía contractual y la extracontractual para llevar a cabo su pretensión, pudiendo acumular las acciones -ejercitándolas subsidiaria o alternativamente-.

#### 6.2.4 Culpa o dolo in contrahendo

Debido a que, en ocasiones y por razones diversas, los servicios de *outsourcing* comienzan a prestarse con carácter previo a la perfección de contrato, resulta interesante analizar el daño o culpa que pudiera ocasionarse en la etapa de formación del contrato si finalmente este no llegara a perfeccionarse; esto es, al daño o culpa *in contrahendo*. Se pueden definir los tratos preliminares como una preparación del contrato sin que supongan en sí mismos acto jurídico alguno, ya que de dichas operaciones no se derivan, de manera inmediata, efectos jurídicos mensurables. A pesar que nuestro CC no contempla este tipo de responsabilidad precontractual, el TS<sup>566</sup> expresa que la culpa *in contrahendo*, al faltar relación contractual, se ofrece como aquiliana, puesto que no puede negarse que exista una violación del principio *neminem ledere*. Lo cierto es que como consecuencia de la ruptura de los tratos preliminares, una de las partes puede verse perjudicada al

---

<sup>564</sup> GARCÍA VALDECASAS, G. *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, 1962, pp. 834-836.

<sup>565</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, pp. 413-414.

<sup>566</sup> STS de 16 de mayo de 1988.



confiar en que el contrato se iba a formalizar. El daño puede tener su origen, entre otros supuestos, en los trabajos que emprende, los gastos en los que incurre o en la adopción de cualquier tipo de obligación que le hubiera generado un perjuicio. La indemnización, en este supuesto, consistirá en dejar al perjudicado en la situación que este tendría si nunca hubiese negociado.

Sin embargo, para que la parte que finaliza las negociaciones tenga responsabilidad es imprescindible que medie culpa, dolo o mala fe. De lo contrario, si la ruptura de las negociaciones se produce de buena fe, a la parte que las termina no se le podrá exigir responsabilidad alguna, ya que hasta que ambas partes no lleguen a un acuerdo satisfactorio para ambas existirá libertad decidir si se contrata o no. Así, el deber de indemnizar radica, no en el hecho de no haber finalizado las negociaciones o haber incumplido alguna de las obligaciones derivadas del contrato que se está negociando -al que las partes no le han dado aún efectos pues este no se ha llegado a perfeccionar-, sino en su actuación dolosa o culposa al dejar los acuerdos preliminares. En este supuesto de indemnización cabría también incluir el que una de las partes iniciara la negociación sin propósito alguno de contratar -e. g. con la finalidad de obtener información o de evitar que la otra parte formalice el negocio con un competidor-. Por tanto, en los supuestos de daño o culpa *in contrahendo* el perjudicado deberá situar su reclamación en el campo de la responsabilidad extracontractual. El TS<sup>567</sup> ha establecido los requisitos para que surja la responsabilidad extracontractual. Por un lado, debe existir una acción negligente referida a dichos tratos preliminares, que esté constituida por una falta de lealtad y cuyo núcleo sea una ruptura unilateral y, por otro, unos perjuicios que también, dada la fenomenología de dichos tratos preliminares, deben medirse desde un punto de vista del interés negativo. Por último, se establece la necesidad de que exista un nexo causal entre la acción y los perjuicios, considerando que «la ruptura de negociaciones al defraudar la buena fe provoca sin duda la vanidad de

---

<sup>567</sup> STS de 16 diciembre de 1999.

unos gastos, esfuerzos y trabajos, dándose entonces esa ligazón». Como señala A. CARRASCO, «la ruptura de un trato no puede equivaler a la ruptura de un contrato, pues lo contrario sería conculcar el principio de la autonomía de la voluntad»<sup>568</sup>.

Para finalizar, es conveniente aclarar que no debe confundirse la responsabilidad *in contrahendo* de aquella que pudiera derivarse de un precontrato ya que, en este último supuesto, hay un acuerdo de voluntades perfeccionado, por lo que si se probase un daño como consecuencia de un incumplimiento total, parcial o tardío de una obligación incluida en el precontrato, del mismo se derivará una responsabilidad contractual<sup>569</sup>.

#### 6.2.5 Daño postcontractual

El artículo 1.258 CC establece que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley», por lo que las consecuencias a las que hace alusión incluyen, así mismo, las que aparezcan con posterioridad al contrato y de estas puede generarse responsabilidad contractual, y así lo ha reconocido el TS<sup>570</sup>.

---

<sup>568</sup> CARRASCO PERERA, A. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, (Dir.) ALBALADEJO GARCÍA, M., editorial Edersa, Madrid, 1989, págs. 428 y ss.

<sup>569</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M. *op. cit.*, p. 89.

<sup>570</sup> STS de 14 de octubre de 1989.

---

### 6.3 Procedimientos de reparación del daño

Siguiendo a J. M. OSSORIO<sup>571</sup>, una vez acreditado que una de las partes, cliente o prestador, ha ocasionado un daño, el perjudicado dispone de dos vías para que dicho daño se vea reparado: el acuerdo transaccional y la interposición de la demanda.

La primera de estas alternativas y a la que en la práctica totalidad de las ocasiones acude el perjudicado en primera instancia es la de intentar formalizar un acuerdo con el responsable que consiga indemnizar el daño causado. De esta forma, se evita el prolongado y costoso procedimiento judicial. En la práctica, si de las conversaciones entre las partes fructifica un acuerdo respecto al valor de la indemnización y la forma de llevarla a cabo, se formalizará el correspondiente contrato transaccional, de conformidad a lo establecido en los artículos 1.809 a 1.819 CC. La transacción es un contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado<sup>572</sup>. La transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada<sup>573</sup>, por lo que si cualquiera de las partes acepta el acuerdo transaccional en base a una errónea o incorrecta valoración de los daños efectivamente ocasionados o sufridos, según la parte de que se trate, no tendrá posibilidad de interponer una reclamación judicial *a posteriori* en base a esa misma cuestión. Sin embargo, tal posibilidad no se plantea en términos absolutos ya que, en virtud del artículo 1.817 CC, se permite instar la nulidad del acuerdo si hubiera mediado error, dolo, violencia o falsedad de documentos.

---

<sup>571</sup> OSSORIO SERRANO, J. M., *op. cit.*

<sup>572</sup> *Vid.* artículo 1.809 CC.

<sup>573</sup> *Vid.* artículo 1.816 CC.

Junto a la anterior vía, el perjudicado siempre dispone de la posibilidad de interponer frente al responsable del daño la correspondiente demanda ante el órgano jurisdiccional competente, reclamando la reparación del daño.

Respecto a las formas de reparación, el perjudicado dispone de dos alternativas: la reparación *in natura* y la reparación por equivalente.

La reparación *in natura* persigue que el perjudicado obtenga la exacta situación personal y patrimonial que disfrutaba antes de ocasionársele el daño. Se trata, por tanto, de reponer la situación en la que, empleando criterios de pura lógica, debería encontrarse, cuando proceda dicha reparación, de no haberse producido dicho daño. En la práctica, esta reparación se puede conseguir reponiendo las cosas a su estado anterior, restituyendo las cosas perdidas a consecuencia del evento dañino o sustituyendo las cosas perdidas o totalmente deterioradas como consecuencia del acto dañino, por otras de idénticas características. Como puede fácilmente anticiparse, esta tipología de reparación resulta de difícil aplicación ante eventos dañinos que ocasionan daños extrapatrimoniales o morales.

Por su parte, la reparación por equivalente, también conocida como deuda indemnizatoria, consistiría en compensar económicamente al perjudicado del daño cuando no sea posible la reparación *in natura*. Se trata de la correspondiente indemnización pecuniaria que el responsable quedaría obligado a pagar al que ocasionó el perjuicio. El principal problema es, como se ha visto, la valoración del daño y, por ende, cuantificar el importe de la indemnización.

## **6.4 Seguro de responsabilidad civil**

### **6.4.1 Concepto**

Una de las peticiones más habituales de los clientes que demandan un servicio de *outsourcing* es que el prestador disponga de un seguro de responsabilidad civil que cubra las posibles consecuencias patrimoniales que pueda conllevar la producción de un daño. Sobre todo, si se tiene en cuenta que el tipo de actividad que se va a ejecutar -servicios sobre sus sistemas informáticos-, aunque perfectamente ajustada a Derecho, genera un riesgo importante al cliente y pone en potencial peligro sus patrimonio.

Extraño será que una empresa, dedicada a la prestación de servicios profesionales relacionados con la informática y la tecnología en general, no disponga del correspondiente seguro de responsabilidad civil que le dé cobertura económica en el supuesto que, por la prestación de sus servicios profesionales, ocasione un daño al cliente o a terceros. En ese escenario será el asegurador el que se hará cargo de la posible indemnización, a cuyo pago quedaría obligado, de no estar asegurado, el prestador que hubiera causado el daño.

El seguro de responsabilidad civil es un instrumento fundamental para la responsabilidad civil, para la economía y para la sociedad, convirtiéndose de esta forma en una de las piezas claves del Derecho de daños. Aparece regulado en los artículos 73 a 76 LCS y, junto a estos, resultan de aplicación las normas generales del contrato de seguro y la LCGC. En virtud del artículo 73 LCS, mediante la suscripción de un seguro de responsabilidad civil el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, a cubrir el riesgo del nacimiento a cargo del asegurado de la obligación de indemnizar a un tercero por los daños y perjuicios causados por un hecho previsto en el contrato de cuyas consecuencias sea civilmente responsable el asegurado, conforme a Derecho. Este mismo precepto establece que serán admisibles, como límites establecidos en el contrato,

aquellas cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados que circunscriban la cobertura del asegurador a los supuestos en que la reclamación del perjudicado (i) haya tenido lugar dentro de un período de tiempo, no inferior a un año, desde la terminación de la última de las prórrogas del contrato o, en su defecto, de su período de duración; (ii) tenga lugar durante el período de vigencia de la póliza siempre que, en este caso, tal cobertura se extienda a los supuestos en los que el nacimiento de la obligación de indemnizar haya podido tener lugar con anterioridad, al menos, de un año desde el comienzo de efectos del contrato, y ello aunque dicho contrato sea prorrogado.

Como puede observarse, el mencionado precepto indica claramente que cubre consecuencias de las que el asegurado sea civilmente responsable, por lo que no cabe asegurar la responsabilidad penal y/o administrativa. Lo anterior, sin embargo, no significa que el seguro de responsabilidad civil no pueda cubrir la obligación del civilmente responsable en un delito siempre que, en la comisión del mismo, no hubiera mediado dolo.

Lo realmente importante no es tanto que el responsable sufra la correspondiente pérdida patrimonial que genera la indemnización, sino que el perjudicado vea reparado el daño que se le hubiera causado. Así, se prioriza la cobertura del perjudicado frente a la reprimenda al responsable. El TS afirma que el seguro ha dejado de ser un «instrumento jurídico tendente a preservar al asegurado del riesgo que amenaza su patrimonio ante la eventual reclamación de un tercero, por causa de un comportamiento culposo» y «se ha convertido en otro cuyo centro de gravedad es la protección indemnizatoria del tercero perjudicado», prevaleciendo así «la responsabilidad objetiva sobre la fundamentación subjetivista que inspira en general el derecho de daños»<sup>574</sup>.

---

<sup>574</sup> STS de 26 de diciembre de 1986.

Establece el artículo 74 LCS que, «salvo pacto en contrario, el asegurador asumirá la dirección jurídica frente a la reclamación del perjudicado, y serán de su cuenta los gastos de defensa que se ocasionen. El asegurado deberá prestar la colaboración necesaria en orden a la dirección jurídica asumida por el asegurador».

Se trata, por tanto, de un seguro en interés del propio asegurado cuya finalidad es proteger su patrimonio en caso de producirse alguno de los daños cubierto por el contrato de seguro. Se trata de un seguro preventivo debido a que actúa con carácter previo a que el patrimonio del asegurado se vea impactado. El TS vino a confirmar que «el seguro de responsabilidad civil presenta un contenido especial y propio, así como unas finalidades bien concretas, conforme al artículo 73 de la Ley especial, al tratar de proteger el patrimonio del asegurado, cubriendo el riesgo de su minoración, y opera asumiendo el asegurador la obligación de indemnizar a terceros dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato»<sup>575</sup>.

La LCS utiliza, en contraposición a los «seguros de personas», el concepto de «seguros contra daños»<sup>576</sup>. Dentro de este último concepto, cuyas disposiciones generales se regulan en los artículos 25 a 44 LCS, se incardinan, entre otros, el seguro de responsabilidad civil y el seguro de daños, en sentido estricto<sup>577</sup>. Por ello, al seguro de responsabilidad civil le resultarán de aplicación las disposiciones generales del «seguro contra daños».

---

<sup>575</sup> STS de 30 de diciembre de 1996.

<sup>576</sup> Fíjese que se está usando el concepto «seguro contra daños» y no «seguro de daños».

<sup>577</sup> Entre el seguro de daños y el de responsabilidad civil hay ciertas diferencias: mientras que el primero cubre los daños que sufre propiamente el asegurado en un bien específico sobre el que el asegurado tiene un interés asegurable, el segundo cubre el patrimonio del asegurado de una eventual obligación indemnizatoria, y el daño se producirá a un tercero y no al asegurado.

Uno de los principios claves del seguro de responsabilidad civil es que este «no puede ser objeto de enriquecimiento injusto para el asegurado. Para la determinación del daño se atenderá al valor del interés asegurado en el momento inmediatamente anterior a la realización del siniestro»<sup>578</sup>.

El seguro de responsabilidad civil puede ser obligatorio o voluntario, siendo este último el que contratará el prestador para protegerse frente a los posibles daños que se deriven de su actividad profesional.

A continuación se analiza, partiendo de la definición aportada por el artículo 73 LCS, los elementos subjetivos -asegurador, asegurado y, en ocasiones, tomador- y objetivos -el riesgo, el interés asegurado y el siniestro- del contrato de seguro de responsabilidad civil.

#### **6.4.2 Elementos subjetivos**

En el contrato de seguro intervienen, habitualmente, cuatro figuras: el asegurador, el asegurado, el tomador y el beneficiario.

##### **6.4.2.1 Asegurador**

El asegurador o compañía de seguros, es quien se obliga a responder en caso de producirse uno de los daños que se hayan previsto en el contrato. Las compañías de seguros son entidades supervisadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones y necesitan autorización para operar en el mercado de seguros. Este órgano administrativo depende de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, adscrita al Ministerio de Economía y Competitividad, y entre sus funciones se encuentra la supervisión de las conductas

---

<sup>578</sup> Vid. artículo 26 LCS.



y prácticas de mercado de las entidades aseguradoras que operen en el mercado de seguros.

#### 6.4.2.2 Asegurado

El asegurado, que será el prestador en el caso concreto de *outsourcing*, es el que tiene el interés asegurado; esto es, el titular del patrimonio que protegerá la póliza en caso de que este sea responsable civilmente como consecuencia de los daños que pudiera causar a un tercero.

#### 6.4.2.3 Tomador

El tomador es la parte contractual, titular de la póliza de seguro, que suscribe directamente el contrato con el asegurador y a quien corresponden las obligaciones derivadas del mismo, salvo que correspondan expresamente al asegurado. Puede coincidir o no con la figura del asegurado.

#### 6.4.2.4 Beneficiario

Por último, a pesar de no formar parte del contrato de seguro en el momento de su formalización, está el beneficiario. Se trata del tercero perjudicado, acreedor de la indemnización. En una relación comercial de *outsourcing* este rol puede ser adquirido por el cliente o por un tercero distinto de este al que el cliente hubiera ocasionado un daño. El beneficiario podrá ejercer una acción directa contra el asegurador para reclamar su indemnización.

### 6.4.3 Elementos objetivos

#### 6.4.3.1 Riesgo

Se trata de un hecho que pudiera ocurrir, pero se desconoce con certeza si ocurrirá realmente o cuándo. Según establece el artículo 73 LCS, el riesgo a cubrir por el seguro de responsabilidad civil es el nacimiento a cargo del asegurado de una obligación de indemnizar a un tercero. Para que dicho riesgo se materialice deberá analizarse si concurren los elementos necesarios para que exista responsabilidad civil del asegurado. La materialización del riesgo se da en el momento en que se produce el siniestro, elemento que se estudiará más adelante.

Al respecto, el TS indica que «el riesgo que se asegura viene configurado precisamente por el nacimiento de la obligación de indemnizar que atribuye al asegurado la carga de atender determinada deuda con quien resulta perjudicado y se la reclama por medio del seguro dicha deuda que se traspaşa del asegurado al asegurador. El daño o perjuicio material jurídico no lo ha sufrido inicialmente el propio asegurado sino un tercero y el menoscabo patrimonial que afectaría a aquel, al tener que indemnizar directamente al perjudicado, es lo que conforma la cobertura de este especial seguro»<sup>579</sup>.

El seguro de responsabilidad civil cubre, por tanto, el riesgo de que el asegurado tenga una pérdida patrimonial -no materializada en el momento de perfeccionar el contrato de seguro, sino que pudiera ocurrir con posterioridad- como consecuencia de la responsabilidad civil reclamada por un tercero.

El objeto de cobertura de la póliza de seguro indicará si un riesgo concreto está cubierto, según se hubiera pactado en el contrato de seguro entre el

---

<sup>579</sup> STS de 15 de junio 1995.

asegurador y el tomador. Así, el objeto determinará los hechos generadores de responsabilidad civil que están cubiertos en el supuesto que el asegurado causare daños a terceros como consecuencia de ellos.

Dicho objeto está delimitado por el tipo de póliza y las coberturas específicas están incluidas en las cláusulas de delimitación objetiva del riesgo. De no caber el hecho en estas, no habrá siniestro y, por tanto, no nacerá la obligación a cargo del asegurador.

A pesar que el artículo 73 LCS no establece si el alcance del seguro cubre tanto la responsabilidad contractual como la extracontractual, la realidad es que habitualmente incluye la responsabilidad extracontractual y se excluye total o parcialmente la responsabilidad contractual<sup>580</sup>. Y ello porque si se cubriese la totalidad de la responsabilidad contractual no se estará al amparo de un seguro de responsabilidad civil y sino de caución, según los términos recogidos en el artículo 68 LCS: «por el seguro de caución el asegurador se obliga, en caso de incumplimiento por el tomador del seguro de sus obligaciones legales o contractuales, a indemnizar al asegurado a título de resarcimiento o penalidad los daños patrimoniales sufridos dentro de los límites establecidos en la Ley o en el contrato. Todo pago hecho por el asegurador deberá serle reembolsado por el tomador del seguro».

Como se ha indicado, las coberturas del seguro dependerán de la voluntad que asegurador y tomador hubieran reflejado en el contrato. A continuación se recogen los riesgos que suelen incluir los prestadores de servicios de *outsourcing* en sus pólizas de seguro.

---

<sup>580</sup> La STS, de 4 febrero 2003, analiza un caso de reclamación de responsabilidad contractual ante un seguro de responsabilidad civil, explicando que las condiciones generales de dichas pólizas ya están delimitadas por ramos y que, de manera general, en estas se excluye la responsabilidad contractual.

#### 6.4.3.1.1 *Responsabilidad civil general*

Se cubre la responsabilidad civil como consecuencia de una acción, omisión o negligencia involuntaria, con las excepciones y limitaciones contenidas en cada póliza. Se toma el CC como regulador de dicha responsabilidad, cubriendo así mismo al asegurado cuando actúe directamente o a través de sus empleados<sup>581</sup>. Se cubren las reclamaciones<sup>582</sup> por los daños materiales<sup>583</sup> y personales<sup>584</sup> causados a terceros<sup>585</sup>, pudiendo también incluir el lucro cesante si así lo acordasen las partes.

#### 6.4.3.1.2 *Responsabilidad civil de explotación*

En este caso, el asegurador abonará en nombre del asegurado, hasta la cantidad acordada, si en el ejercicio de su actividad profesional recibe una reclamación por pérdidas<sup>586</sup> causadas a terceros y presentadas durante el periodo de seguro.

La póliza determinará, específicamente, los riesgos que cubre. A continuación se exponen algunos ejemplos: (i) incumplimiento no intencionado de

---

<sup>581</sup> *Vid.* artículo 1.903 CC.

<sup>582</sup> Se entiende por reclamación cualquier requerimiento escrito, demanda o requerimiento judicial en el marco de un procedimiento civil, penal, administrativo o arbitral en el que se solicite una indemnización económica amparada por la póliza.

<sup>583</sup> El daño material implica la pérdida física, deterioro o destrucción de bienes materiales, incluyendo las pérdidas resultantes del uso de dichos bienes materiales.

<sup>584</sup> El daño personal incluye muerte o cualquier lesión o daño corporal, psíquico, mental, enfermedad o dolencia que padezca cualquier persona.

<sup>585</sup> En los contratos de seguro de responsabilidad civil suele considerarse como «tercero» a aquella persona física o jurídica que no sea: (i) el tomador o asegurado; (ii) los familiares del asegurado; (iii) los socios, directivos y empleados del tomador; o (iv) las filiales del tomador.

<sup>586</sup> Se entienden por «pérdidas» cualquier daño económico, patrimonial o perjuicio financiero, que no sea consecuencia directa o indirecta de un daño material o personal causado por el asegurado.

un contrato, incluyendo el ANS que forme parte del mismo, siempre y cuando la reclamación sea presentada por el cliente; (ii) error u omisión así como cualquier forma de imprudencia o incumplimiento de cualquier deber de utilizar un cuidado razonable, incluyendo la transmisión negligente de un virus o gusano informático; (iii) incumplimiento del deber de confidencialidad; (iv) infracción de los derechos de propiedad intelectual o industrial; (v) prácticas de competencia desleal; (vi) pérdida de documentos propios del asegurado -suelen excluirse los datos en formato electrónico- y documentos o datos del cliente del asegurado que hubieran sido asignados al asegurado; (vii) pérdidas derivadas de un acto deshonesto, doloso o fraudulento por parte de sus empleados o de cualquier contratista del asegurado siempre que exista la manifiesta intención por parte de dichos empleados o contratistas de causarle perjuicios al asegurado y de obtener un beneficio indebido para sí mismos; (viii) pérdidas derivadas de cualquier consulta, diseño, especificación, fórmula, dirección o consejo para el cliente; (ix) pérdidas derivadas de un servicio prestado al cliente; (x) pérdidas derivadas de un activo *hardware* o *software* entregado, desarrollado o implantado para el cliente; (xi) reclamaciones derivadas de la publicidad del negocio del asegurado; (xii) daños a la reputación del asegurado como consecuencia de la reclamación de un tercero. Junto a las anteriores, podrían pactarse coberturas adicionales para cubrir riesgos concretos de la actividad del prestador. Un ejemplo sería la devolución los honorarios correspondientes al servicio de *outsourcing* debido a una resolución unilateral del contrato por el cliente por una reclamación cubierta por la póliza.

#### 6.4.3.1.3 *Responsabilidad civil sobre productos defectuosos*

Es una cobertura complementaria a la anterior, en la cual se cubre la responsabilidad civil causada por los productos entregados o fabricados por el asegurado, y por los trabajos o servicios realizados por este.

#### 6.4.3.1.4 *Responsabilidad patronal*

Este amparo tiene por objeto cubrir los daños personales ocasionados involuntariamente a los empleados del asegurado y a los empleados de sus contratistas y subcontratistas a consecuencia de un accidente laboral, por hechos ocurridos en el ejercicio de su actividad profesional, tales como falta de medidas de seguridad o la deficiente aplicación de las mismas.

#### 6.4.3.2 Interés asegurado

Se trata del patrimonio del responsable que resulte afectado como consecuencia de una responsabilidad civil; esto es, la relación, susceptible de valoración económica, que tiene el asegurado con los bienes o personas que están amparados en la póliza. El contrato de seguro será nulo si en el momento de su conclusión no existe un interés del asegurado a la indemnización del daño<sup>587</sup>.

#### 6.4.3.3 Siniestro

La ocurrencia de un siniestro implica que el riesgo se ha materializado y que, por tanto, concurren los presupuestos pactados en el contrato de seguro tomando en consideración, entre otros aspectos, a la vigencia del contrato, las coberturas y exclusiones y los límites asegurados.

Para determinar si un hecho específico puede constituir un siniestro se deberá analizar, por un lado, si el asegurado es o no responsable civil del daño al tercero -estudiando, para ello, si concurren los elementos que integran la responsabilidad civil- y, por otro, si la responsabilidad que se le imputa al asegurado por el tercero está o no amparada por el seguro.

---

<sup>587</sup> Vid. artículo 25 LCS.

#### **6.4.4 Acción directa del perjudicado frente al asegurador**

El artículo 76 LCS impone al asegurado el deber de informar al tercero perjudicado de la existencia y contenido del contrato de seguro, y otorga al perjudicado acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que este último haya incurrido en responsabilidad civil por los daños causados mediando mala fe o dolo. El asegurador podrá, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra este.

La acción directa opera como un derecho, que no obligación, en beneficio del perjudicado para acudir directamente contra el asegurador, a fin de obtener una indemnización por el daño causado por el asegurado<sup>588</sup>. Por tanto, el perjudicado podrá interponer acción directa contra el asegurador, el asegurado o contra ambos de forma conjunta. Para que el asegurador responda deberá el asegurado realizar una manifestación de responsabilidad como causante del daño.

---

### **6.5 Cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil**

#### **6.5.1 Concepto y ámbito de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil**

Como se ha venido analizando, nuestro CC recoge el principio general de responsabilidad civil en virtud del cual el responsable de un acto dañino está obligado a reparar los daños que hubiera podido ocasionar a los intereses jurídicamente protegidos. Y dicho principio se materializa, por un lado, en el artículo

---

<sup>588</sup> REGLERO CAMPOS, L. F. "Conceptos generales y elementos de delimitación" en *Tratado de responsabilidad Civil*, (Coord.) REGLERO CAMPOS, L. F., *op. cit.*, p. 1.474.

1.101 CC, que sujeta a responsabilidad a los que causen daños por el incumplimiento de obligaciones contractuales y, por otro, en el artículo 1.902 CC, que obliga a reparar los daños causados por la vulneración del deber general de respeto a los intereses jurídicos protegidos *erga omnes*. Junto al citado principio, no debe olvidarse el igualmente relevante principio de respeto a los actos del ejercicio de autonomía privada, cuyo pilar básico aparece reflejado en el artículo 1.255 CC.

En los contratos de *outsourcing* es habitual que ambas partes acuerden limitar y, para determinados daños, eximir la responsabilidad que pudiera derivarse de un irregular funcionamiento de los servicios que presten o de un incumplimiento de las obligaciones que hayan asumido. Y, aunque como se ha dicho, es este el deseo de ambas partes de la relación contractual, lo cierto es que será el prestador, por el mayor riesgo que adquiere<sup>589</sup>, el que insista en incluir en el contrato una cláusula al respecto.

La inclusión de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil, por las que se pretende la exoneración total o parcial de responsabilidad, se ha consolidado en la práctica contractual de los contratos informáticos y, por ello, también en los de *outsourcing*. Y ello, aunque habitual, podría tener un impacto negativo en el futuro cuando el cliente vea bloqueado o limitado el derecho a la indemnización derivado del incumplimiento de la prestación que le pudiera corresponder.

Sin embargo, como cualquier otra estipulación contractual, respetando la directriz del artículo 6.2 CC y ejerciendo la potestad que el artículo 1.255 CC confiere a las partes contratantes, estas podrán regular la responsabilidad según

---

<sup>589</sup> OROZCO PARDO, G. *La teoría general de la responsabilidad civil aplicada al campo de la informática como actividad de riesgo*, Informática y Derecho, nº 12-15. Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho, vol. I, UNED-Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996, p. 343.



les convenga - sujetándose a los límites expresados por la normativa aplicable, según se analiza más adelante-, e incluso fijar el *quantum* indemnizable para, de esta forma, agilizar la evaluación de los daños resarcibles si se llegara a materializar un acto dañino. Así, las cláusulas restrictivas de responsabilidad son instrumentos de gran utilidad para aquella parte que se vea expuesta al riesgo de potenciales incumplimientos, al permitirle pactar *a priori* una exención y/o limitación de su responsabilidad.

El artículo 6.2 CC establece que «la exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros», permitiendo excluir, dentro de los límites mencionados, la eficacia de la norma aplicable. Por su parte, el artículo 1.255 CC declara, como expresión del principio de autonomía privada, que «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público».

A las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil se refieren algunas disposiciones legales, la doctrina y la jurisprudencia para hacer referencia a la posibilidad de que las partes implicadas en una relación resarcitoria, ya sea esta contractual o extracontractual, excluyan total o parcialmente las consecuencias que la Ley vincula al incumplimiento de la obligación -artículo 1.101 y siguientes CC- o al incumplimiento del deber general de no dañar a otros -artículo 1.902 CC-. Tal y como acertadamente indica N. ÁLVAREZ<sup>590</sup>, las cláusulas a las que se está haciendo referencia son denominadas por la doctrina y jurisprudencia «cláusulas limitativas de responsabilidad», cuando su efecto es el de excluir parcialmente la

---

<sup>590</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 10.

responsabilidad civil<sup>591</sup>, o «cláusulas exoneratorias», cuando provocan la total exclusión de la misma. Asimismo, se usan términos similares como «cláusulas de irresponsabilidad», «cláusulas modificativas de la responsabilidad», etc.; sin embargo, en el presente trabajo se opta por denominarlas «cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil» con el único objetivo unir las dos categorías citadas: limitativas y exoneratorias.

Las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil son aquellos negocios jurídicos por medio de los que se excluye, voluntariamente y de forma anticipada, la eficacia de las leyes que regulan la responsabilidad civil. Esto es, se trata de actos de autonomía privada mediante los cuales las partes excluyen la aplicabilidad del régimen legal de la responsabilidad civil, contractual o extracontractual, que pudiera derivarse de un acto dañino. Los principios que regulan la determinación y medida del daño resarcible son, *a priori*, dispositivos. Sin embargo, esta potestad de las partes estará sujeta a la limitación incluida en el citado artículo 6.2 CC para aquellas que exoneren o limiten la responsabilidad derivada de dolo o culpa grave - las cuales, según dispone el artículo 1.102 CC, serán consideradas como nulas-. Si se admitiese el pacto de limitación de la responsabilidad patrimonial sin los límites indicados en la Ley, se estaría facultando a las partes a evadir la prohibición del artículo 1.102 CC.

En los contratos de *outsourcing* suelen incluirse tres figuras que podrían, en determinados supuestos, desempeñar una función similar a la que tienen las cláusulas restrictivas de la responsabilidad: la cláusula penal, el seguro de responsabilidad civil y la cláusula delimitadora del contenido del contrato. En lo que respecta a la cláusula penal, la delimitación conceptual entre esta figura y la cláusula limitativa de responsabilidad es la siguiente: por definición, la cláusula

---

<sup>591</sup> GARCÍA AMIGO, M. *Cláusulas limitativas de responsabilidad contractual*, editorial, Tecnos, Madrid, 1965.

penal pretende eximir al perjudicado de probar la existencia y cuantía del daño, al contrario que la limitativa de responsabilidad que tiene por objetivo atenuar las consecuencias de la responsabilidad civil eventual del responsable del acto dañino, fijando el importe máximo de aquella. Por su parte, el seguro de responsabilidad civil y la cláusula restrictiva de responsabilidad son dos figuras con idéntica finalidad, cual es aminorar la responsabilidad del responsable ante una conducta dañina por él ocasionada.

Por último, a través de la inclusión en el contrato de una cláusula que delimite su contenido, los contratantes definen el alcance de sus obligaciones, pudiendo -en virtud del principio de autonomía de la voluntad-, excluir alguna obligación que pudiera formar parte del contenido habitual del contrato y/o acordar obligaciones pertenecientes a otros tipos legales, inclusive las no previstas en el CC. Sin embargo, esta potestad no es absoluta, ya que deberá respetar los límites enunciados por el artículo 1.255 CC así como prohibir el intento de los contratantes de obviar obligaciones esenciales o principales del tipo contractual de que se trata - en relación al *outsourcing*, ejecución de obra y/o arrendamiento de servicio, según se ha analizado-, ya que, de hacerlo, podría incurrirse en el riesgo de que el contrato careciese del requisito de causa al que obliga el artículo 1.261 CC para que un contrato sea válido. El TS estableció la imposibilidad de excluir, mediante pacto, obligaciones esenciales de tipo contractual, a pesar que esta no se oponía a la Ley ni a la moral: «una estipulación, contenida en el propio contrato de mandato, exonerando al mandatario de rendir cuentas, desnaturaliza en la mayor parte de los casos el contrato de mandato y debe ser mirada con recelo porque lo más seguro es que se trate de un negocio indirecto o disimulado»<sup>592</sup>.

---

<sup>592</sup> STS de 5 de abril de 1956.

## **6.5.2 Validez de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil**

### **6.5.2.1 Cláusulas restrictivas de responsabilidad de naturaleza contractual**

Como se ha analizado, la equiparación habitual de la responsabilidad contractual a las obligaciones incluidas en contrato no es del todo correcta, aunque es cierto que en el contrato de *outsourcing* suelen incluirse las obligaciones más relevantes que regirán la relación negocial entre cliente y prestador y, por ende, constituye la principal fuente de obligaciones, pero no la única. La responsabilidad contractual incluye la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes, cualquiera que sea su fuente; esto es, estén estas incluidas en el contrato o al margen de él.

Las cláusulas restrictivas de responsabilidad, en sede contractual, colaboran en la tarea de reglamentar intereses según lo que más convenga a los contratantes, actuando como un instrumento del que los contratantes disponen para establecer un equilibrio en la economía interna del contrato, de acuerdo con las facultades que les confiere la Ley. De esta forma, las partes, tomando en consideración la situación particular de cada contrato de *outsourcing* y en virtud de los artículos 6.2 CC y 1.255 CC, podrán transferir los riesgos contractuales del potencial responsable civil de forma global o parcial, incorporando una cláusula de exoneración o limitativa, respectivamente.

A pesar de que no parece existir ningún obstáculo para admitir la inclusión en los contratos de *outsourcing* de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad, lo cierto es que el CC tampoco las acepta de forma expresa. En opinión de N. ÁLVAREZ, la doctrina mayoritaria admite su validez pero, debido a la indefinición en sede legislativa de la cuestión, recurre a cuatro argumentos -junto a los ya

mencionados artículos 6.2 CC y 1.255 CC-, con la intención de constatar la posibilidad de exclusión voluntaria de los artículos 1.101 CC y siguientes<sup>593</sup>.

Como primer argumento, de la lectura de los artículos 1.102 CC y 1.103 CC se puede apreciar su validez cuando el incumplimiento se derive de un acto en el que medie culpa, que no dolo, del responsable del acto dañino. El artículo 1.102 CC proclama que la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones y declara nula la renuncia a la acción para hacerla exigible. El anterior precepto se ve reforzado por el silencio que guarda el artículo 1.103 CC respecto a la posible nulidad de la renuncia a la acción en caso de negligencia del responsable.

Como segundo argumento, al establecer el artículo 1.104 CC que «[...] cuando la obligación no expresa la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia», se abre la puerta a que los contratantes puedan modular, en función de sus necesidades, la diligencia exigible en el cumplimiento de las obligaciones incluidas en el contrato. De esta forma, las partes podrán pactar exigir la máxima diligencia en el cumplimiento de las obligaciones que indica el CC y responder en supuestos de culpa levísima o rebajar el nivel de diligencia respecto al que debería tener el buen padre de familia y minimizar y/o exonerar de responsabilidad ante un incumplimiento en el que mediase culpa. Por tanto, la graduación de la diligencia que permite el citado artículo parece confirmar la disponibilidad de los preceptos del CC relativos a la culpa.

Como tercer argumento, el artículo 1107 CC refuerza la admisibilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad contractual, al diferenciar el responsable deudor doloso y el de buena fe. Mientras que el primero ha de responder de todos

---

<sup>593</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, pp. 79-84.

los daños que «conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de las obligaciones», el deudor de buena fe sólo indemnizará aquellos daños «previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento.». El TS, haciendo alusión al citado precepto, señaló que «la responsabilidad del deudor de buena fe está caracterizada porque el *quantum* puede venir fijado por la voluntad de las partes o por ser necesaria consecuencia del incumplimiento»<sup>594</sup>.

Para finalizar, como cuarto argumento, existen en el ordenamiento jurídico español numerosos preceptos que prohíben expresamente los pactos de limitación y exoneración de la responsabilidad contractual. Por tanto, de lo anterior se puede deducir que, con carácter general, las cláusulas restrictivas de responsabilidad son válidas ya que, de no ser así, carecerían de sentido aquellos preceptos.

La jurisprudencia, por su parte, ha venido aceptando como válidas, en reiteradas ocasiones, las cláusulas restrictivas de la responsabilidad siempre que, haciendo uso de las mismas, no se sobrepasen «los límites de las leyes: moral, orden público, precepto prohibido o fraude de ley [...] y si están en armonía con el ámbito de libertad o autonomía de las partes para regular, limitar o exonerarse de las consecuencias de la responsabilidad contractual»<sup>595</sup>.

#### 6.5.2.2 Cláusulas restrictivas de responsabilidad de naturaleza extracontractual

La obligación de reparar el daño causado deriva, ahora, no del incumplimiento de una obligación constitutiva de una relación jurídica, entendida

---

<sup>594</sup> STS 16 de julio de 1982.

<sup>595</sup> STS de 10 de diciembre de 1950. Adicionalmente, aceptando como práctica contractual ajustada a Derecho la limitación o exoneración de la responsabilidad contractual, pueden encontrarse, entre otras, las siguientes sentencias: STS de 12 de marzo de 1957, STS de 25 de abril de 1984 y STS de 11 de febrero de 1991.

esta en un sentido estricto, sino de la existencia de un acto u omisión ilícita<sup>596</sup>, que se concreta en la vulneración del deber general de no dañar a otros. El deber general *neminem laedere*, que afecta a todas las personas físicas y jurídicas, se refiere al deber según el cual todos estamos obligados a observar en nuestros actos u omisiones una conducta idónea para impedir el daño a personas o bienes jurídicamente protegidos. Para que esta responsabilidad aplique, deberán concurrir los requisitos que establece el artículo 1.902 CC y que han sido previamente analizados: la antijuridicidad del acto dañino, la imputación subjetiva, el nexo causal y el daño.

A pesar de lo anterior, y aun concurriendo los citados requisitos, la responsabilidad civil no iría acompañada de indemnización al perjudicado si las partes hubieran pactado excluirla. E incluso podría minimizarse acordando una limitación de aquella. En relación a lo anterior, surge la duda de si, por el mero hecho de pactarse previamente una exención y/o limitación de responsabilidad extracontractual, los contratantes están modificando la naturaleza de la responsabilidad, transformándola en contractual. En opinión de N. ÁLVAREZ «este contrato no va a implicar un cambio en la naturaleza de la responsabilidad: no se puede confundir responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual reglamentada convencionalmente. El daño hipotético no deriva de la violación de obligaciones estipuladas en ese contrato, que en realidad no contiene obligaciones en sentido técnico, sino de la transgresión del deber general de no dañar a otro. Es decir, no se está ante un daño contractual -derivado de obligaciones previamente existentes entre las partes- sino ante un daño extracontractual»<sup>597</sup>.

Por tanto, de lo anterior se concluye que el hecho de pactarse una cláusula restrictiva de responsabilidad civil en un contrato no significa que esta tenga

---

<sup>596</sup> Vid. artículo 1.089 CC.

<sup>597</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 94.

necesariamente el carácter de obligacional. Lo que determina la responsabilidad contractual no es aquello que esté reflejado en el contrato, sino que un acto dañino vulnere una obligación que se derive de lo expresamente pactado y, según su naturaleza, de aquellas consecuencias que sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley<sup>598</sup>.

La doctrina española adopta posiciones contrarias respecto a la validez o no de las cláusulas restrictivas de responsabilidad extracontractual. En opinión de N. ÁLVAREZ, estas son inviables<sup>599</sup>. Sin embargo, otros autores cuya postura comparto, sí las consideran válidas. Como ejemplo, F. RIVERO, que considera que «si es posible la exoneración de la culpa contractual, no se ve que no sea admisible atenuar tal deber de diligencia frente a las cosas ajenas: sólo en relación con la integridad de la persona parece inmoral disminuirlo, pues se trata de un extremo fuera de la disponibilidad, incluso, del propio interesado»<sup>600</sup>. En una línea similar, J. SANTOS<sup>601</sup>, S. CAVANILLAS e I. TAPIA<sup>602</sup>.

M. YZQUIERDO pone de relieve el diferente trato que dan los Tribunales cuando conocen asuntos referentes a responsabilidad, denunciando que «es tradicional el que los Tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si ese

---

<sup>598</sup> Vid. artículo 1.258 CC.

<sup>599</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, pp. 108-116.

<sup>600</sup> RIVERO HERNÁNDEZ, F. "Régimen de la responsabilidad por el hecho propio", en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho...*, *op. cit.*, p. 512.

<sup>601</sup> SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil (T. 1)*, editorial Motecorvo, Madrid, p. 37.

<sup>602</sup> CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: Tratamiento sustantivo y procesal*, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 1992, p. 56.



mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al Juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; “se han visto las caras”, en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento»<sup>603</sup>.

#### 6.5.2.3 Cláusulas restrictivas en sede precontractual

En el escenario en el que nace responsabilidad por circunstancias anteriores al contrato, surge la duda de conocer si se está ante una responsabilidad de naturaleza contractual, extracontractual o de un tercer tipo innominado. El CC no establece ninguna obligación *ad hoc* para el período precontractual, ni tampoco obliga a resarcir los daños que se produzcan por la ruptura de los tratos preliminares, por lo que la posible indemnización por los daños se regirá por el artículo 1.902 CC. Junto a lo anterior, al no existir tampoco una regulación en sentido estricto entre el responsable y el perjudicado de sus respectivas obligaciones durante el período precontractual, la naturaleza será extracontractual. Siguiendo a N. ÁLVAREZ<sup>604</sup>, «lo precedente justifica la ausencia de un tratamiento autónomo de la responsabilidad precontractual en esta sede y, a la vez, permite hacer extensivas las conclusiones acerca de la cuestión de la viabilidad de las cláusulas restrictivas de la responsabilidad extracontractual a las limitaciones convencionales de la responsabilidad precontractual, porque, a nuestro juicio, esta es una hipótesis de aquella». Por tanto, las cláusulas restrictivas de responsabilidad

---

<sup>603</sup> YZQUIERDO TOLSADA, M., *op. cit.*, p. 447.

<sup>604</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, pp. 58-62.

serán válidas en el seno de la *culpa in contrahendo* o responsabilidad precontractual<sup>605</sup>.

### 6.5.3 Límites a las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil

#### 6.5.3.1 Derechos fundamentales

El respeto a los derechos fundamentales reconocidos por la CE opera, sin lugar a duda, como límite a la autonomía privada -amparada esta última en virtud del artículo 1.255 CC- y, por ende, a las cláusulas restrictivas de la responsabilidad civil por la lesión de estos derechos.

En un contrato de *outsourcing*, los contratantes no podrán renunciar a la indemnización jurídicamente establecida ante un acto dañino de cualquiera de ellas que ocasione daños corporales, morales o muerte de la víctima. Y ello en virtud del derecho a la vida y a la integridad física y moral proclamado por el artículo 15 CE. Tampoco podrá limitarse o excluirse la responsabilidad ante una vulneración de los derechos al honor, intimidad y propia imagen recogidos en el artículo 18 CE. Esta prohibición se establece, asimismo, en el artículo 1.3 de la LO 1/1982, al sentenciar que «el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, son irrenunciables, inalienables e imprescriptibles. La renuncia a la protección prevista en esta ley será nula, sin perjuicio de los supuestos de autorización o consentimiento a que se refiere el artículo 2 de esta ley».

#### 6.5.3.2 Dolo y culpa grave

El artículo 1.102 CC aparece como una limitación fundamental a las cláusulas restrictivas de responsabilidad, al prohibir de forma expresa cualquier

---

<sup>605</sup> GARCÍA RUBIO, M. P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, editorial Tecnos, Madrid, 1991, p. 255.

renuncia anticipada a la acción derivada del dolo: «la responsabilidad procedente del dolo es exigible en todas las obligaciones. La renuncia de la acción para hacerla efectiva es nula». Es conveniente aclarar que la prohibición anterior no aplica únicamente a la exoneración de responsabilidad, sino también a cualquier intento de limitación por los contratantes<sup>606</sup>.

Lo anterior se justifica en el hecho de que no resulta factible que el Derecho ampare la comisión de un acto ilícito. En opinión de N. ALVAREZ<sup>607</sup> «más bien es la especial reprochabilidad del dolo en el incumplimiento obligacional -porque igualmente ilícito resultaría el incumplimiento por culpa- el fundamento último de esta posición».

En lo que se refiere a la culpa grave, también conocida como *culpa lata*<sup>608</sup>, se trata de un concepto diferente del dolo. Puede entenderse como aquella negligencia absoluta del responsable en el cumplimiento de sus obligaciones pero, a pesar de ello, sigue perteneciendo a la categoría de culpa, por lo que carece de la nota de voluntariedad que sí ostenta el dolo. Q. M. SCAEVOLA indica que «no hay posibilidad de equiparar -conceptualmente- la simple culpa y el mero descuido con el propósito deliberado de causar un perjuicio»<sup>609</sup>.

A pesar de lo anterior, constituye doctrina y jurisprudencia consolidada el asimilar las consecuencias del dolo a las de la *culpa lata*, integrándola en el artículo 1.102 CC con base en la interpretación del mismo según «los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas»,

---

<sup>606</sup> BADOSA COLL, F. “Comentario al artículo 1.104 CC” en *Comentarios del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1993, p. 39.

<sup>607</sup> ÁLVAREZ LATA, N., *op. cit.*, p. 152.

<sup>608</sup> Este término proviene de la clasificación romanista de la culpa en tres niveles: *lata*, leve y *levísima*

<sup>609</sup> SCAEVOLA, Q. M. *Código Civil*, *op. cit.*, p. 619.

según marca el artículo 3 CC. Conscientes de la dificultad de probar si el responsable del daño tuvo o no la intención real de provocarlo, lo cierto es que una culpa grave o muy grave se asemeja bastante a una actuación intencionada, por lo que resulta complicado entender que el responsable hubiera actuado involuntariamente. Sin embargo, no debe olvidarse que se trata únicamente de una equiparación a los efectos de prohibir cualquier cláusula restrictiva de responsabilidad al respecto, no de una equiparación en términos absolutos.

#### **6.5.4 Interpretación de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil**

En el seno de los contratos de *outsourcing*, estas cláusulas restrictivas de responsabilidad aparecen, de forma habitual, redactadas de forma ambigua y confusa. Ello obliga a realizar una interpretación sobre estas antes de aplicar los efectos que las partes pactaron en virtud del principio de la autonomía de la voluntad. Esa interpretación indicará el valor jurídico de las palabras en que se ha expresado la voluntad de las partes. En palabras del TS, la interpretación «tiene como finalidad la investigación de la verdadera y real voluntad de los contratantes para establecer el alcance y contenido de lo pactado fijando las obligaciones asumidas por cada uno de ellos en la relación contractual»<sup>610</sup>. Y ello, partiendo de la premisa esencial de que «la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención de los contratantes y de las declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determine su calificación»<sup>611</sup>; esto es, «los contratos han de ser calificados conforme a las obligaciones que en ellos se establecen sin sujetarse a las desviaciones ideológicas subjetivas y casi siempre parciales»<sup>612</sup>. El intérprete deberá adecuar lo pactado por las partes en el contrato a los tipos contractuales

---

<sup>610</sup> STS de 15 de diciembre de 1992.

<sup>611</sup> STS de 30 de septiembre de 1991.

<sup>612</sup> STS de 25 de febrero de 1994.

existentes en nuestro Derecho, para atribuir, con posterioridad, los efectos a dicha relación contractual.

La interpretación de una cláusula restrictiva de responsabilidad incorporada a un contrato negociado de *outsourcing* deberá realizarse de conformidad a las reglas interpretativas marcadas por los artículos 1.258 y 1.281 a 1.289 CC así como en el artículo 57 CCo. El criterio principal de interpretación es aquel que persigue conocer la intención de las partes, prevaleciendo la intención evidente de los contratantes sobre las palabras de los mismos<sup>613</sup>, remitiéndose a los actos de las partes, coetáneos y posteriores al contrato, para conocer su intención<sup>614</sup>.

#### **6.5.5 Eficacia de las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil**

Los acuerdos perfeccionados por los contratantes, en el seno de una relación negocial de *outsourcing* y relacionados con la restricción de la responsabilidad civil, tienen la eficacia general de los contratos. Según disponen los artículos 1.091, 1.254, 1.257 y 1.258 CC, estos adquieren la condición de Ley entre las partes, resultando de obligado cumplimiento *inter partes* y produciendo los efectos que se hubieran previsto. Sin embargo, lo anterior tiene como condición que los acuerdos cumplan los requisitos de validez que el ordenamiento jurídico prevé para su eficacia. En relación a lo anterior, tal y como se ha analizado, el artículo 1.257 CC establece que «los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan [...]», extendiéndose las obligaciones que deben ser asumidas por los contratantes, según indica el artículo 1.258 CC, a «todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

---

<sup>613</sup> Vid. artículo 1.281 CC.

<sup>614</sup> Vid. artículo 1.282 CC. Así mismo, la doctrina y la jurisprudencia entienden que también han de ser considerados los actos de los contratantes anteriores a la perfección del contrato.

En el supuesto de que los acuerdos de exclusión voluntaria de las normas de responsabilidad civil sean válidos, estos producirán, para el responsable, el efecto exoneratorio que se hubiere pactado: si las partes hubiera excluido la aplicación de la regla del artículo 1.101 CC en caso de negligencia, la exoneración será total y si, en su lugar, hubieran excluido parcialmente su aplicación, manteniendo la responsabilidad pero limitando el importe a indemnizar, la eficacia de la cláusulas no será de exoneración sino de atenuación en la indemnización máxima a abonar al perjudicado, la cual puede llevarse a cabo de múltiples formas.

Tal y como indica A. PINTO, «la cláusula exoneratoria, si fuera válida, excluye la indemnización, pero no impide al acreedor recurrir a otras medidas de defensa de su derecho de crédito: la ejecución de forma específica, la resolución del contrato, etc. O sea, la eficacia de una cláusula exoneratoria se restringe a la indemnización, no prejuzgando el ejercicio de los demás derechos del acreedor»<sup>615</sup>. Por tanto, la inclusión de una cláusula exoneratoria no implica, para el perjudicado, una completa desprotección, sino que le permitirá acceder a otras vías jurídicas para paliar o reparar las negativas consecuencias del incumplimiento obligacional en el que hubiese incurrido el responsable.

#### **6.5.6 Nulidad parcial de las cláusulas que infringen los límites de validez del contrato**

Como se ha analizado, a la autonomía privada de los contratantes que recoge el artículo 1.255 CC, el ordenamiento jurídico impone una serie de límites. Si estos se traspasan, se sobrepasan los límites para la validez de la exclusión voluntaria de la ley aplicable -artículo 6.2 CC- o se vulneran los límites impuestos a los poderes jurídicos -artículo 7 CC-, tal conducta, como contraria a Derecho,

---

<sup>615</sup> PINTO MONTEIRO, A. *Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 83, 1995, p. 201.

implica la nulidad del acuerdo en virtud de lo establecido por el artículo 6.3 CC. Este precepto establece que «los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se estableciera un efecto distinto para el caso de contravención».

## 7 CLOUD COMPUTING COMO EVOLUCIÓN DEL OUTSOURCING

### 7.1 Introducción

En la última década, la tecnología informática se ha establecido, por encima de cualquier otro sector de los negocios, como pieza angular de la economía y de los mercados. El *outsourcing* jugó un papel importante en la gestión de las TIC hace unos años, aportando los beneficios que se han venido analizando en el presente trabajo. Para los clientes, la computación en la nube, denominada comúnmente *cloud computing* o *cloud*, supone una nueva forma de externalizar sus servicios TIC como evolución del *outsourcing* tradicional.

Una de las primeras alusiones al *cloud computing* se debe a Eric Schmidt, CEO y presidente de Google. A continuación se incluye un fragmento de sus comentarios: «[...] Lo que ahora es interesante es que está emergiendo un nuevo modelo [...]. No creo que la gente realmente haya entendido lo grande que es esta oportunidad. Comienza con la premisa de que los servicios de datos y la arquitectura deben estar en los servidores. Nosotros lo llamamos *cloud computing*, están en una “nube”, en algún lugar. Y que si tienes cualquier tipo de navegador o de acceso, no importa que sea un PC, un Mac, un teléfono móvil o una BlackBerry o nuevos dispositivos pendientes aún de ser desarrollados, puedes tener acceso a la nube. Hay una serie de empresas que se han beneficiado de ella [...]»<sup>616</sup>.

Resultado de la fuerte crisis económica que se ha padecido a nivel mundial, las empresas se han interesado por el *cloud computing* como alternativa o complemento

---

<sup>616</sup> Traducción libre al español de un fragmento de la ponencia de Eric Schmidt durante la conferencia de *Search Engine Strategies*, el 9 de agosto de 2006. Disponible en la URL: <<http://www.google.com/press/podium/ses2006.html>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].



a la forma tradicional de gestión de sus TIC, pudiendo reducir con ello los costes e incrementando las posibilidades que les aporta esta tecnología de reciente aparición. Junto a ello, el almacenamiento, la gestión y el acceso a datos e información de forma eficiente se ha posicionado como una necesidad esencial de la Nueva Economía, por lo que la estrategia empresarial de centralizar la mayor parte de la información en Internet es cada día más atractiva.

El *cloud computing* se ha extendido en los últimos años en las grandes corporaciones. Para el cliente supone poder convertir los costes fijos derivados de los servicios en costes variables y conocer al detalle el coste asociado a cada aplicación informática. Sin embargo, esta nueva tecnología resulta interesante también para la PYME y las compañías emergentes o *startups*<sup>617</sup> por varias razones: (i) se reduce la inversión inicial necesaria para acometer proyectos basados en tecnología, lo cual impacta positivamente su competitividad; (ii) los servicios que se apoyan en esta tecnología pueden estar configurados y preparados para funcionar en un plazo muy corto de tiempo, por lo que se reduce el periodo que transcurre desde que un producto se produce hasta que se comercializa -también conocido como *time-to-market*<sup>618</sup>-; (iii) permite beneficiarse de las economías de escala del prestador; (iv) permite acceder a unos niveles de seguridad más sofisticados que los que se podrían configurar internamente; y (v) permite beneficiarse de un soporte al usuario altamente especializado en esta incipiente tecnología. Por todo lo anterior, estas empresas se están animando a sustituir sus servidores internos y las configuraciones de sistemas tradicionales por los modelos de computación basados en la nube. La migración de

---

<sup>617</sup> Una compañía *startup* o compañía emergente es un término utilizado en el entorno empresarial para referirse a aquellas empresas que nacen, apoyadas en la tecnología, con el objetivo de emprender un nuevo negocio a partir de una idea preconcebida. Se trata, por lo general, de empresas asociadas a la innovación y al desarrollo de nuevas tecnologías.

<sup>618</sup> Un *time-to-market* agresivo, en aquellas industrias con productos efímeros como la del *software*, es fundamental para las empresas. En el contexto del *cloud computing*, se podría equiparar al tiempo que transcurre desde la concepción de la idea de un servicio hasta que se hace accesible a los clientes a través de Internet.

sus negocios al *cloud computing* se está produciendo de manera progresiva, comenzando por servicios tales como el correo electrónico, procesadores de texto, hojas de cálculo, herramientas para la elaboración de presentaciones e incluso sistemas operativos virtuales. El prestador gestiona el servicio de forma integral, realizando la configuración inicial, la transición desde los sistemas actuales y prestando el soporte a los usuarios.

Respecto a los prestadores de servicios, estos necesitan realiza importantes inversiones en infraestructuras y tienen costes variables muy bajos, por lo que siempre están interesados en adquirir un nuevo cliente independientemente de la capacidad que este precise. Las grandes empresas tecnológicas -e. g. Microsoft Corp., Google Inc., Apple Inc., IBM-, Accenture Inc. y Oracle Corp.-, supieron adelantarse y posicionarse en un mercado desconocido. Sin embargo, parece que aún existe espacio para otros prestadores que sepan atender a necesidades más exclusivas de las empresas, ofreciéndoles servicios de nicho en la nube.

Conviene resaltar, así mismo, el papel del *cloud computing* como tecnología con potencial para impactar en el conjunto de la sociedad. A través de ella, se facilita el acceso a recursos informáticos cualificados a países y empresas que no disponen de la capacidad económica para invertir en las infraestructuras necesarias, pero sí del talento y las ideas para desarrollar productos innovadores, favoreciéndose, de esta forma, el desarrollo de países emergentes.

---

## **7.2 Concepto y características**

### **7.2.1 Concepto**

A través de los servicios de *outsourcing*, proceso analizado en profundidad en el presente trabajo, el prestador proporciona a cada uno de sus clientes una solución informática distinta de la que se ofrece a través del *cloud computing* que, con carácter

general, requiere su propia configuración, monitorización, actualizaciones, etc. En paralelo, los empleados de sus clientes están sustituyendo el tradicional PC por ordenadores portátiles que, a su vez, son complementados por otros dispositivos inalámbricos más pequeños, como pueden ser teléfonos móviles inteligentes o las *tablets*<sup>619</sup>. Estos dispositivos les permiten acceso a la información en cualquier momento y desde cualquier lugar.

Con la llegada del *cloud computing*, el prestador deja a un lado el *outsourcing* y ofrece una plataforma en la cual todos los datos y las aplicaciones de sus distintos clientes coexisten en un único entorno lógico con las medidas de seguridad oportunas. De esta manera, el prestador puede gestionarlas de forma más eficiente y cualquier cambio que aplique a nivel de infraestructura y/o aplicación redundará en el beneficio de todos sus clientes.

Aunque parece que, en realidad, se está volviendo a los orígenes de la informática. Antiguamente, cuando se introdujo el uso de ordenadores en la vida empresarial se usaba la arquitectura basada en servidores y terminales simples. En esta el usuario accedía al sistema informático desde un terminal simple y trabajaba de forma remota en el servidor, de modo que toda la computación y el almacenamiento de información se realizaba en ese servidor. Con la llegada del PC, la computación y el almacenamiento de información se trasladó del servidor al terminal del usuario. El *cloud computing* se podría asimilar a un gran servidor al que los usuarios acceden desde sus propios terminales en remoto<sup>620</sup>.

---

<sup>619</sup> Una *tablet* es un ordenador portátil de mayor tamaño que un teléfono inteligente, integrado en una pantalla táctil con la que se interactúa primariamente con los dedos, en la que el teclado físico se ve reemplazado por un teclado virtual.

<sup>620</sup> *Cloud Computing: la tercera ola de las Tecnologías de la Información*. Fundación de la Innovación Bankinter. 2010, pp. 37-38. Publicación resultado del Future Trends Forum 2010 y cuyos ponentes fueron Paul Borrill, Peter Coffee, John Parkinson, Joseph Tobolski, Chris Whitney, Irving Wladawsky-Berger y Alpheus Bingham. Disponible en la URL: <<https://www.fundacionbankinter.org/ftf/cloud>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

El *cloud computing* es un nuevo modelo de prestación de servicios de negocio y tecnología a través de Internet -también conocido como *web services*- que permite al cliente acceder a un catálogo de servicios estandarizados de forma flexible ante demandas no previsibles o picos de trabajo, pagando únicamente por el consumo real efectuado. El *cloud computing* implica, generalmente, el almacenamiento de información en servidores gestionados por terceros con un alto grado de automatización, una elevada capacidad de adaptación para atender una demanda variable, una virtualización avanzada y un precio flexible en función del consumo. De esta manera, para el prestador, el beneficio de dar servicio a un cliente que demanda una capacidad grande es igual al de ofrecer el mismo servicio a miles de pequeños clientes que, de forma agregada, consumen la misma capacidad.

El NIST ha definido *cloud computing* como un modelo que permite acceso bajo demanda a un conjunto compartido y configurable de recursos informáticos -e. g. redes, servidores, almacenamiento, aplicaciones y servicios-, que pueden ser rápidamente aprovisionados y puestos a disposición con un esfuerzo mínimo de gestión o de interacción con el prestador de servicios.

### **7.2.2 Características**

El cliente puede acceder a los servicios que le son ofrecidos en modalidad *cloud computing* sin importar el *software* empresarial que utilice, ya que sólo va a requerir acceso a Internet. Tampoco será necesario que disponga de una aplicación informática específica porque, habitualmente, suelen usarse navegadores de Internet para acceder. De esta forma, el modelo *cloud computing* resulta, en principio, compatible y sencillo de integrar con el resto de aplicaciones informáticas que poseen los clientes, resultando igualmente fácil su implementación y también la desvinculación si al final del contrato se decide cambiar de prestador.

El modelo de nube está compuesto, como se describe a continuación, por cinco características esenciales: (i) autoservicio bajo demanda: el cliente puede gestionar más capacidades de procesamiento o almacenamiento de la información por sí mismo; (ii) amplio acceso desde cualquier ubicación y disponibilidad 24 horas al día, 7 días a la semana: la información se almacena de manera permanente en servidores de forma que puede recuperarse vía Internet cuando aquella sea requerida por el cliente para ser remitida directamente a sus equipos de escritorio, dispositivos móviles, portátiles, etc. siguiendo una serie de procedimientos preestablecidos; (iii) agrupación y reserva de recursos: en un modelo de *cloud* público o híbrido, cuyas diferencias se comentarán más adelante, los recursos informáticos del prestador se habilitan para servir a múltiples clientes y son asignados y reasignados de acuerdo a las circunstancias o necesidades de procesamiento y/o almacenamiento del cliente en cada momento; (iv) rápida elasticidad: se pueden incrementar y minorar los servicios en función de la demanda del usuario; y (v) monitorización del servicio: el uso de los recursos -e. g. almacenamiento, procesamiento, ancho de banda, calidad y cuentas de usuario activas- puede ser monitorizado, controlado y reportado, proporcionando transparencia tanto para el prestador como para el cliente del servicio.

El prestador, a través de la nube y gracias a las economías de escala, puede ofrecer de forma más rápida y eficiente un mayor número de servicios. Se trata de una tecnología que implica un paso decisivo en la industrialización de las TIC, por lo que las posibilidades de creación de modelos de negocio innovadores por parte de los prestadores son inmensas.

Respecto al cliente, los sistemas tradicionales le obligaban a realizar inversiones periódicas y a mantener un departamento de informática o a llevar a cabo un proceso de *outsourcing*. Los sistemas basados en la nube, en comparación, son de acceso y uso sencillo que no requieren fuertes inversiones en *hardware*, *software* ni comunicaciones -puesto que se puede acceder a ellos desde cualquier ubicación por medio de un navegador o través de terminales móviles-, delegando en el prestador las

tareas de mantenimiento y mejora de los sistemas. El cliente puede, por ejemplo, realizar pruebas de una nueva aplicación o desarrollarla en un entorno *cloud computing* y centrarse en su *core business*. Adicionalmente, en relación al pago de los servicios, abonará únicamente por la capacidad consumida o uso que haga de los mismos. Por ello, los servicios de *cloud computing* suelen ser más económicos que los recibidos desde el CPD del propio cliente. Obviamente, el coste dependerá de múltiples factores tales como el tamaño de los servidores y su ubicación, las tareas a realizar sobre los mismos en función de la tipología de información que almacenen o complejidad del servicio a prestar, etc.

---

## 7.3 Tipologías

Las primeras cuestiones que se debe plantear el cliente antes de migrar sus datos a la nube son, tal y como se analiza más adelante, las relativas a la privacidad, confidencialidad, cumplimiento normativo y seguridad. Dependiendo del tratamiento de estos aspectos y del modelo de implementación pueden diferenciarse tres tipologías de *cloud computing*: público, privado e híbrido.

### 7.3.1 Nube privada

Una nube privada es aquella en la que los servicios de un cliente, a los que accede a través de Internet o una red local, disponen de infraestructuras dedicadas que no son compartidas con otros clientes del prestador. Los recursos suelen localizarse y administrarse dentro de la organización del cliente, pero también es posible que los aloje y administre el prestador. En este sentido, una nube privada puede ser externa, cuando las infraestructuras dedicadas son propiedad del prestador o interna, cuando las infraestructuras pertenecen al propio cliente, es decir, no hay prestador, al ser el propio cliente el que gestiona la nube interna.

Se trata de una alternativa de interés para aquellas empresas que necesitan un nivel elevado de protección de su información y sus datos, facilitándose de esta forma los procesos de gobierno, cumplimiento normativo, regulatorio, seguridad, etc. Sin embargo, el coste y el tiempo de despliegue no son tan atractivos como en la nube pública.

### **7.3.2 Nube pública**

La nube pública tiene las funcionalidades de automatización y de autoservicio de la nube privada, pero funciona en ambientes multiusuario fuera de las instalaciones. De esta forma, los servicios de distintos clientes comparten los recursos informáticos de los que el prestador es propietario y administrador. Estos son puestos a disposición del cliente según demanda, a través de un catálogo de autoservicio en línea con configuraciones predefinidas. Se monitoriza el uso que cada cliente hace de los recursos y se le factura según la modalidad pactada, normalmente por consumo o por suscripción. Los clientes utilizan servicios proporcionados en la nube pública para satisfacer una variedad de necesidades de aplicaciones, como CRM, correo electrónico y aplicaciones de colaboración entre equipos.

Su beneficio es, fundamentalmente, un aprovisionamiento de servicios e infraestructura simples que no requiere administración alguna por parte del cliente. Sin embargo, el riesgo en materia de privacidad, confidencialidad y seguridad es mayor cuanto más pública es la nube. Por este motivo, las organizaciones a menudo limitan el uso de la nube pública a aplicaciones que no son de misión crítica y como lugar para almacenar datos e información no sensibles.

### **7.3.3 Nube híbrida**

Una nube híbrida es un tipo de nube donde algunos recursos informáticos se proporcionan como servicio a través de una nube privada y otros recursos son provistos por el prestador de servicios en la nube pública. Este enfoque mixto suele

darse en entornos donde existen unas necesidades específicas que impiden la adopción de un único entorno de los previamente analizados, público o privado. Esta combinación de nube pública y nube privada resulta, en mi opinión, la tipología idónea, ya que permite al cliente, por ejemplo, utilizar un CRM en la nube pública y una aplicación financiera en la nube privada.

---

## 7.4 Modalidades de servicio

Independientemente de la modalidad escogida por el cliente, este deberá dedicar parte de sus recursos a la gestión y administración del servicio *cloud* con el objetivo de medir y monitorizar la calidad del mismo y revisar que cumple con las medidas de seguridad pactadas -e. g. cortafuegos o *firewalls*, sistemas para detectar intrusiones y seguridad de las conexiones-.

Los prestadores proporcionan acceso a recursos informáticos a través de Internet y ofrecen una serie de servicios adicionales de valor añadido que acercarán su oferta a las necesidades de su cliente. En función de lo completo que sea ese valor añadido, pueden distinguirse tres modalidades: Infraestructura como Servicio, Plataforma como Servicio o *Software* como Servicio. Sin embargo, esta división no puede considerarse rígida, ya que determinados prestadores proporcionan soluciones mixtas en las que se combinan características de todas ellas.

### 7.4.1 Infraestructura como servicio

Consiste en la externalización de las máquinas de procesamiento de datos. El prestador ofrece capacidades de almacenamiento y proceso en bruto sobre las que el cliente construirá a medida las aplicaciones que necesita su empresa. El cliente alquila almacenamiento y capacidades de cómputo con un acuerdo de calidad del servicio pactado, por lo que deja de ser necesario que mantenga CPD dentro de su empresa. En esta capa, puede ponerse como ejemplo Amazon Web Services EC2® -



que proporciona servicios de capacidad de cómputo- o Amazon Web Services S3<sup>®</sup> - para servicios de almacenamiento-.

#### **7.4.2      Plataforma como servicio**

Consiste en la puesta a disposición del cliente, junto a la infraestructura, las bases de datos, librerías y/o entornos de desarrollo para que el cliente pueda desarrollar aplicaciones preparadas para el entorno *cloud computing*, también conocidas como *cloud-ready*. Una de las consecuencias más significativas de la utilización del modelo de plataforma como servicio es una mejora en la productividad de los equipos de desarrollo, puesto que se crea un soporte colaborativo de desarrolladores ubicados en distintos lugares. Sin embargo, hay que tomar en consideración que el prestador pudiera obligar al cliente a utilizar entornos de desarrollo o componentes de *software* específicos, propiedad del prestador. Si este fuera el caso y el desarrollador decidiera migrar de plataforma en el futuro, ello pudiera implicar reescribir parcialmente las aplicaciones desarrolladas para adaptarlas a los requisitos del nuevo prestador, con el impacto en el negocio y coste que ello supone. Como ejemplos de servicios en esta capa pueden indicarse Windows Azure Platform<sup>®</sup> o Google App Engine<sup>®</sup>, que ofrecen un entorno flexible para que el cliente cree sus aplicaciones y servicios *cloud* en varios lenguajes y tecnologías de programación.

#### **7.4.3      Software como servicio**

El prestador aloja aplicaciones de negocio en su plataforma *cloud* y las ofrece al cliente como un servicio al que accede a través de Internet sin que tenga que realizar esta una cuantiosa inversión en equipos propios, pagando en función del uso que realice de la plataforma. Sus raíces residen en el negocio ASP -el prestador facilita el acceso a aplicaciones informáticas a través de una red como Internet- y CRM - *software* de apoyo a la gestión de las relaciones con los clientes, a la venta y al

marketing-. Ejemplos en esta capa serían Salesforce.com<sup>®</sup>, Google Apps<sup>®</sup> o Microsoft Office 365<sup>®</sup>.

---

## 7.5 Riesgos

Es claro que no resulta aconsejable fijarse únicamente en las bondades del *cloud computing* y obviar sus posibles riesgos. Pero tampoco debe recurrirse de manera sistemática a argumentos de privacidad y seguridad para paralizar o ralentizar las iniciativas en la nube. No todas las aplicaciones, servicios y procesos deben, necesariamente, trasladarse a la nube. Se trata, como se verá más adelante, de balancear riesgo y beneficio, identificando los servicios susceptibles de implementarse en los diferentes modelos de *cloud computing* y aquellos que, por su especial sensibilidad, es más conveniente que permanezcan en la empresa.

Organismos nacionales e internacionales tales como la CSA<sup>621</sup>, NIST<sup>622</sup> o INCIBE<sup>623</sup> han alertado sobre las distintas contingencias a valorar antes de migrar los datos a la nube: interfaces poco seguras, problemas derivados de las tecnologías compartidas, pérdida o fuga de información, secuestro de sesión, migración de servicios hacia otro proveedor, mal uso o abuso del servicio, localización y el aislamiento de los datos, seguridad de los datos, privacidad y cumplimiento normativo o legal, etc. Asimismo, el Grupo de Trabajo del artículo 29 ha advertido de los riesgos

---

<sup>621</sup> *The Notorious Nine: Cloud Computing Top Threats in 2013*. 2013. Disponible en la URL: <[https://downloads.cloudsecurityalliance.org/initiatives/top\\_threats/The\\_Notorious\\_Nine\\_Cloud\\_Computing\\_Top\\_Threats\\_in\\_2013.pdf](https://downloads.cloudsecurityalliance.org/initiatives/top_threats/The_Notorious_Nine_Cloud_Computing_Top_Threats_in_2013.pdf)>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

<sup>622</sup> *Guidelines on security and privacy in public cloud computing*. 2011. Disponible en la URL: <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-144/SP800-144.pdf>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

<sup>623</sup> *Riesgos y amenazas en cloud computing*. Disponible en la URL: <[https://www.incibe.es/extfrontinteco/img/File/intecocert/EstudiosInformes/cert\\_inf\\_riesgos\\_y\\_amenazas\\_en\\_cloud\\_computing.pdf](https://www.incibe.es/extfrontinteco/img/File/intecocert/EstudiosInformes/cert_inf_riesgos_y_amenazas_en_cloud_computing.pdf)>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

que el *cloud computing* puede generar<sup>624</sup>, refiriéndose concretamente a la confidencialidad, disponibilidad, integridad, y portabilidad de los datos<sup>625</sup>.

A continuación se describen los principales riesgos que deberán tomarse en consideración debido a que, a pesar de no exclusivos de entornos de *cloud computing*, en este ámbito las consecuencias pueden llegar a ser especialmente graves. Es por ello que analizar y valorar estos riesgos antes de implantar en una organización soluciones basadas en el modelo *cloud computing* resulta crucial. Y deberán ser debidamente valorados. De ahí que sea clave la confianza en el prestador antes de migrar datos sensibles a los servidores *cloud computing* de este.

### 7.5.1 Privacidad, confidencialidad y cumplimiento normativo

Uno de los primeros inconvenientes detectados con relación al *cloud computing* es el de la pérdida efectiva de control sobre los datos dado que, más allá de los vínculos contractuales, desaparece la certeza sobre la ubicación física de la información y las condiciones de procesamiento. En consecuencia, las garantías de privacidad y confidencialidad de la información situada en la nube pueden verse comprometidas.

Otra de las cuestiones que más riesgo supone es que se conozca el lugar donde se almacenarán los datos del cliente, también conocido como *data residency*. A pesar de que se contrate con un prestador situado en España, habitualmente los servidores de este último se ubican fuera del territorio español. Y si estos no se encontrasen dentro del ámbito territorial del EEE o de los países que la Comisión

---

<sup>624</sup> Opinión 5/2012 emitida el 1 de julio de 2012 por el grupo de trabajo del artículo 29, referida al *cloud computing*. Disponible en la URL: <[http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/data-protection/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2012/wp196_en.pdf)>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

<sup>625</sup> GARCÍA DEL POYO, R. *Cloud Computing: aspectos jurídicos clave para la contratación de estos servicios*, Revista Española de Relaciones Internacionales, nº 4, 2012, p. 54.

Europea determina con un nivel equiparable de protección en materia de datos de carácter personal, el cliente deberá tramitar el procedimiento de transferencia internacional de datos ante la AEPD antes de proceder a la migración de los mismos<sup>626</sup>.

### 7.5.2 Seguridad

Los clientes que utilizan servicios de *cloud computing* entregan al prestador información sensible de su negocio así como, en muchos casos, datos de carácter personal. Estos recorren diferentes nodos para llegar a su destino, convirtiéndose cada uno de ellos -así como sus respectivos canales de acceso- en un foco permanente de inseguridad. Precisamente por ello se deberán utilizar protocolos de comunicación seguros.

Es de destacar, adicionalmente, una disminución de la capacidad de control por parte del cliente de su información en situaciones en las que el prestador realice subcontrataciones adicionales que pueden cambiar durante la vigencia del contrato.

La situación se agrava cuando el prestador comparte sus recursos y sistemas con terceros y/o subcontrata algunos elementos necesarios para prestar el servicio al cliente -e. g. *hardware*, almacenamiento, etc.-, y todo puede complicarse aún más si los subcontratistas, a su vez, subcontratan parte del servicio que les fue delegado. Esta cadena de subcontrataciones implica, como puede suponerse, riesgos en lo relativo a la seguridad de la información.

---

<sup>626</sup> *Guía para clientes que contraten servicios de Cloud Computing*, AEPD, 2013, p. 9. Disponible en la URL: [http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA\\_Cloud.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_Cloud.pdf). [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

### 7.5.3 Dependencia de Internet

En el modelo de *cloud computing*, la disponibilidad de las aplicaciones está ligada a la disponibilidad de acceso a Internet. Esa dependencia de la conexión a Internet para operar el negocio, implica, nuevamente un riesgo. Sin embargo, lo cierto es que actualmente las conexiones a Internet son relativamente rápidas, estables y fiables, por lo que los problemas de conectividad son excepcionales. Como alternativa, algunos prestadores de *cloud computing* están tomando medidas para mitigar estos riesgos, incluyendo niveles mínimos de disponibilidad del servicio.

### 7.5.4 Cautividad tecnológica

En ocasiones se critica que el modelo *cloud* limita sustancialmente la libertad de gestión por parte del cliente y le convierte en empresa excesivamente dependiente del prestador<sup>627</sup>. Adicionalmente, aquel cliente que contrata exclusivamente con prestador de *cloud computing*, en el momento que desee transferir su información y datos a un tercer prestador puede tenerlo complicado por problemas de interoperabilidad entre ambos prestadores. Esta situación llevaría al cliente a permanecer necesariamente vinculado un único prestador. Con la complejidad de los sistemas y procesos actuales, su interconexión e interrelación no será posible a menos que se fomente cierto grado de estandarización. Si el cliente quiere evitar la cautividad tecnológica deberá considerar el criterio de la interoperabilidad antes de acometer proyectos de *cloud computing*, asegurándose que el prestador utiliza estándares y tiene las certificaciones recomendadas por organismos internacionales tales como la ITU-T<sup>628</sup> y la Comisión Europea<sup>629</sup>.

---

<sup>627</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R., *op. cit.*, pp. 194-195.

<sup>628</sup> Especialmente relevante es la *Recomendación ITU-T Y.3501 Contexto del cloud computing y requerimientos de alto nivel*, Serie Y: Infraestructura de información global, aspectos del protocolo Internet y redes de nueva generación -*cloud computing*, 2013. Disponible en la URL: <<https://www.itu.int/rec/T-REC-Y.3501-201305-I/en>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

---

## 7.6 Aspectos a regular en el contrato de *cloud computing*

Tal y como se ha indicado a lo largo del presente trabajo, toda relación contractual de carácter mercantil o civil queda sujeta a la autonomía de la voluntad de las partes, principio determinante para la validez de cualquier contrato<sup>630</sup>. Este aspecto se complementa con el hecho de que el contrato implica el nacimiento de una serie de obligaciones y adquiere fuerza de Ley entre las partes.

A este respecto, y dentro del marco normativo español, al redactar un contrato de *outsourcing* específico de *cloud computing*, el cliente y el prestador deberán tomar en consideración las normas generales que ya han sido abordadas en los distintos Capítulos de la presente obra respecto del *outsourcing* -e. g. disposiciones normativas sobre protección de datos de carácter personal, propiedad intelectual, laboral y de Seguridad Social-. Con la intención de evitar reiteraciones, se remite a lo indicado con anterioridad en cada una de las materias, ya que las reflexiones realizadas resultan de aplicación, en su gran mayoría, *mutatis mutandis* a la contratación de servicios de computación en la nube.

Adicionalmente, debido a que los servicios de *cloud* suelen perfeccionarse por vía electrónica y son prestados en el marco de la denominada Sociedad de la Información, se deberá respetar lo dispuesto en la LSSI; asimismo, el prestador de servicios de *cloud* estará sujeto a las obligaciones incluidas en la citada norma por su rol de prestador que es de servicios de la Sociedad de la Información<sup>631</sup>.

---

<sup>629</sup> Esquemas de certificación para *cloud computing*. 2014. Disponible en la URL: <<https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/certification-schemes-cloud-computing>>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

<sup>630</sup> Vid. artículo 1.255 CC. A este respecto, GARCÍA DEL POYO, R., *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>631</sup> GARCÍA DEL POYO, R., *op. cit.*, p. 62.

Sin embargo, resulta conveniente detenerse en la normativa de protección de datos de carácter personal -en concreto, la LOPD y el RLOPD- y en el aspecto relativo a la seguridad, pues los servicios de *cloud* habitualmente implican un flujo de información y datos de carácter personal que deberá quedar debidamente regulado de conformidad a lo previsto en la normativa española en el contrato de servicios.

### **7.6.1 Protección de datos de carácter personal**

#### **7.6.1.1 Acceso a los ficheros titularidad del cliente por cuenta del prestador**

Antes de analizar los aspectos relativos a la protección de datos de carácter personal, conviene resaltar que aspectos como las transferencias internacionales, las subcontrataciones o las distintas jurisdicciones de las diferentes autoridades de control, según la normativa actualmente vigente, son complejas de resolver en el entorno del *cloud computing*. Debe recordarse que la Directiva 95/46/CE y la LOPD fueron concebidas para proteger los datos de carácter personal de los afectados en una época y ante unos tratamientos que poco se asemejaban al modelo del *cloud computing*. Han sido las autoridades nacionales y el Grupo de Trabajo del artículo 29 quienes han ido analizando y dictaminando la problemática surgida en relación a los nuevos modelos de servicio. Se prevé la entrada en vigor de un Reglamento de Protección de Datos que adapte la regulación actual a la realidad de la Sociedad de la Información.

En una relación negocial de *cloud computing*, con carácter general, el cliente ostentará el rol de responsable del fichero y el prestador el de encargado del tratamiento. El acceso a los datos por parte del prestador se condiciona, como premisa esencial, al cumplimiento del régimen establecido por los artículos 12 LOPD y 22 RLOPD, que obligan a los contratantes a formalizar un contrato por escrito o en alguna otra forma que permita acreditar su celebración y en el que se detallen las condiciones que se establecen en dicho precepto y que garantice la seguridad de los datos, impidiendo el acceso a los mismos de terceros.

El cliente deberá elaborar un documento de seguridad, así como definir y aplicar la política de seguridad a sus ficheros. Asimismo, el prestador, como encargado de tratamiento, deberá disponer de un documento de seguridad, en virtud del artículo 82.2 RLOPD, que cumpla los requisitos enumerados en el artículo 88 RLOPD. Sin embargo, en el supuesto que el prestador no se encontrase en territorio español y no verse sometido a la normativa española, las partes deberán establecer contractualmente las medidas de seguridad que deberá aplicar a los ficheros<sup>632</sup>.

Junto a lo anterior, dada la diferencia de tamaño y capacidad negociadora de las organizaciones que a veces están implicadas en el proceso de contratación, al clientes, en su rol de responsable del fichero, le puede resultar complicado cumplir con el precepto 20.2 RLOPD, que le exige velar porque el prestador reúna las garantías para el cumplimiento de lo dispuesto en el RLOPD<sup>633</sup>. En la medida de lo posible, para cumplir con la obligación indicada, es aconsejable que se incluya en el contrato una cláusula que permita al cliente auditar el tratamiento que el prestador realice sobre los ficheros que incluyan datos de carácter personal<sup>634</sup> así como una penalización y obligación de mantener indemne en caso de incumplimiento.

#### 7.6.1.2 Transferencia internacional de datos

Los prestadores de servicios en la nube disponen, por definición, de una infraestructura distribuida sobre la que deberán desarrollar un marco de control a nivel de los datos que permita trazar en todo momento su localización y el tratamiento de los mismos. Como se ha indicado, la obligación de cumplir con la normativa aplicable,

---

<sup>632</sup> *Cloud Compliance Report*, op. cit., p. 27.

<sup>633</sup> Guía para clientes que contraten servicios de Cloud Computing, op. cit., p. 10. Sobre idéntica materia, pero orientada a los prestadores de servicios, Orientaciones para prestadores de servicios de Cloud Computing, AEPD, 2013, p. 6. Disponible en la URL: <[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/ORIENTACIONES\\_Cloud.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/ORIENTACIONES_Cloud.pdf)>. [Fecha de consulta: 24 de julio de 2015].

<sup>634</sup> *Cloud Compliance Report*, op. cit., p. 31.



incluyendo el recabar las autorizaciones que resulten pertinentes para proceder a una transferencia internacional de los datos, recae en el cliente<sup>635</sup> en su capacidad de responsable. Por ello, es importante que conozca y regule en el contrato la localización territorial de los recursos informáticos que empleará el prestador.

El trámite burocrático para la gestión de una transferencia internacional de datos ha sido uno de los mayores obstáculos para la contratación de servicios en la nube. Conscientes de ello, en España los prestadores han adoptado recientemente algunas medidas que facilitan el cumplimiento de la normativa y la confianza de sus clientes. Entre ellas, cabe citar la posibilidad de utilizar sistemas de almacenamiento inteligente, utilizando plataformas capaces de identificar las características de los datos que gestionan y, consecuentemente, tratan los datos personales de forma diferenciada almacenándolos exclusivamente en recursos ubicados en la UE o en países con un nivel de protección adecuada<sup>636</sup>.

#### 7.6.1.3 Subcontratación de servicios por el prestador

En el supuesto que el prestador subcontrate parte de sus servicios a terceros, deberá cumplir previamente con los requisitos establecidos en el artículo 21 RLOPD.

#### 7.6.1.4 Ejercicio de derechos por los afectados

La obligación de responder en tiempo y forma a las solicitudes de derechos ARCO que se interpongan o ejerciten ante él por parte de cualquier interesado aplica tanto al cliente como al prestador<sup>637</sup>. En base a lo anterior, los contratantes deberán regular en el contrato la posibilidad de que los afectados ejerciten sus derechos ante

---

<sup>635</sup> GARCÍA DEL POYO, R., *op. cit.*, p. 57.

<sup>636</sup> *Cloud Compliance Report*, *op. cit.*, pp. 40-41.

<sup>637</sup> *Vid.* artículo 15 a 17 LOPD.

el prestador, el cual deberá dar traslado en el plazo acordado -se debe tener en cuenta la brevedad del plazo de contestación al solicitante impuesto en la LOPD- de la solicitud al cliente, salvo en los casos en que contractualmente se haya determinado que sea atendido por el prestador. Igualmente, la parte que hubiera recibido la solicitud deberá conservar la prueba que acredite el cumplimiento del deber de respuesta al afectado.

En la modalidad de infraestructura como servicio, a pesar que el cliente no gestiona la infraestructura *cloud computing*, sí controla elementos tales como los sistemas operativos, el almacenamiento y las aplicaciones. Por ello, al no perder la capacidad de disposición sobre los ficheros que contengan datos personales, lo único que deberá solicitar al prestador será la localización de los datos personales sobre los que se ejercite algún derecho para, en su caso, facilitar el acceso al solicitante, rectificar y/o cancelar los datos, según proceda. En la modalidad de plataforma como servicio se utilizan las herramientas del prestador para el desarrollo de aplicaciones y servicios, por lo que el cliente deberá asegurarse que las plataformas del prestador permiten la tutela efectiva de los derechos de los afectados. Por último, en la modalidad de *software* como servicio, el prestador tiene control sobre los datos personales de los que el cliente es responsable. En virtud de ello, el cliente deberá asegurar contractualmente que, en caso de que se ejercite un derecho ante el cliente, el prestador asume la obligación de comunicarle, si fuera necesario, la información que dispone en relación al afectado en un plazo que permita al cliente cumplir con su obligación de contestación al solicitante, así como ejecutar de cuantas acciones resulten necesarias para dar un cumplimiento efectivo del derecho solicitado<sup>638</sup>.

---

<sup>638</sup> *Cloud Compliance Report, op. cit.*, pp. 42-43.

### 7.6.2 Seguridad

Uno de los temas más presentes en una conversación sobre *cloud computing* es, inevitablemente, el reto de la seguridad y la pérdida de control sobre datos y sistemas. Aunque, si se analiza en detalle, la seguridad en la nube es muy similar a la seguridad interna que pudiera tener el cliente. Incluso, podría decirse que si se contrata con un prestador de calidad, la seguridad ofrecida por este será mayor. El prestador realiza grandes inversiones en infraestructuras para asegurar la disponibilidad de sus servicios. Estas inversiones incluyen, entre otras acciones, la réplica de datos en tiempo real, el encaminamiento alternativo del flujo de información ante posibles errores de dispositivos físicos, múltiples fuentes de energía y múltiples conexiones a Internet. Implementar y mantener estos sistemas de seguridad es algo que parece no estar al alcance de cualquier cliente.

Lo anterior no evita, sin embargo, que las partes deban acordar una serie de garantías en relación a la disponibilidad del servicio, respaldo y recuperación de la información<sup>639</sup>, procedimientos para el establecimiento de un nivel elevado de seguridad de los datos y control de la información, etc.

La seguridad deberá estar garantizada a lo largo de toda la cadena de suministro, desde el prestador de servicios de *cloud computing* hasta los usuarios del servicio, pasando por la organización del cliente.

---

<sup>639</sup> En la era digital, la información es uno de los activos más importantes que tiene una empresa. Una estrategia de respaldo y recuperación eficaz se ha convertido en un imperativo.

---

## Conclusiones

A modo de resumen, se establecen a continuación las principales conclusiones a las que se ha llegado tras el estudio de los aspectos jurídicos del *outsourcing* tecnológico, uno de los más novedosos y relevantes procesos empresariales que se ha producido en el área de la contratación informática.

PRIMERA.- El *outsourcing* es una técnica de gestión empresarial utilizada para externalizar procesos y actividades relacionadas con los sistemas de información a un agente económico especializado, por un tiempo determinado y a cambio de un precio. Se erige como uno de los pilares fundamentales para el desarrollo económico y la internacionalización de las empresas.

Entre las razones por la que una empresa decide llevar a cabo un proceso de *outsourcing* destacan las siguientes: (i) recibir un servicio más eficiente desde un punto de vista técnico y económico, permitiéndole enfocarse en las actividades de su *core business*; (ii) reducir las inversiones y los costes asociados a la actividad externalizada; (iii) incrementar la flexibilidad técnica y productiva para adaptarse al dinamismo de un mercado cada vez más globalizado; y (iv) disponer de una continua renovación de activos tecnológicos.

Junto a la externalización al prestador especializado de los servicios relativos a los sistemas de información, las partes deberán acordar si para la prestación de estos el prestador utilizará sus propios activos o si, alternativamente, hará uso de los activos del cliente -principalmente personal, *hardware* y *software*-. En el supuesto de utilizar activos del cliente, será necesario planificar y regular de manera precisa la transferencia de los mismos al prestador.

SEGUNDA: El ordenamiento jurídico español consagra la primacía del principio de la voluntad de los contratantes, amparando la libertad de tratos y

contratos y otorgándoles rango de Ley entre las partes, siempre que estos respeten la Ley, la moral y el orden público y en ellos concurren consentimiento, objeto y causa válidos. Como consecuencia de este principio de autonomía, es perfectamente lícito que los contratantes puedan combinar, en un mismo documento, diferentes tipos contractuales o convenir diversas prestaciones y contraprestaciones, dando así lugar a un contrato atípico. Precisamente la formalización de los servicios de *outsourcing* entre empresas privadas se realiza a través de un contrato atípico, de carácter mercantil, consensual, bilateral, oneroso, *intuitu personae* y de *tracto sucesivo*. El principio de la voluntad de los contratantes juega, por tanto, un papel decisivo en el *outsourcing*. Los servicios se regirán por los términos y condiciones que las partes hubieran establecido en el contrato y, en defecto de pacto expreso así como por los principios de la normativa general de obligaciones y contratos.

Debido a las distintas modalidades de *outsourcing* existentes -operativo o estratégico, global o parcial, simple o transmisorio, *on-site* u *off-site*, etc.- y la variedad de servicios, derechos y obligaciones que pueden integrar su objeto, resulta complejo establecer, con carácter general para todas ellas, una naturaleza jurídica única que les resulte aplicable. Sin perjuicio de lo anterior puede indicarse que, habitualmente, *outsourcing* se articula como un arrendamiento de servicios acompañado de prestaciones propias de otros contratos, tales como el de compraventa -cuando se incluye en el proceso de *outsourcing* la transmisión de activos informáticos del cliente al prestador- o el de ejecución de obra -cuando el alcance del servicio comprende proyectos «llave en mano», con alcance cerrado y precio fijo-.

TERCERA.- La redacción del contrato de *outsourcing* ha de ser clara, detallada y, al mismo tiempo, permitir cierta flexibilidad por tratarse de una relación comercial basada en tecnología y, habitualmente, con la intención de perdurar en el tiempo. Identificar las necesidades concretas del cliente con carácter previo a la

perfección del contrato es un criterio crucial a tomar en consideración antes de definir los servicios a prestar así como las obligaciones de cada parte de la relación negocial. El contrato debe contemplar una descripción detallada y rigurosa de los servicios que constituyen su objeto, así como una matriz de asignación de responsabilidades exhaustiva. Adicionalmente, ha de incluir unos indicadores específicos que permitan evaluar el nivel de calidad del servicio que permitan aplicar bonificaciones o penalizaciones al prestador en función de su desempeño. En estos servicios tan estratégicos es de suma importancia disponer de un modelo de gobierno que asegure, durante la vigencia del contrato, la resolución rápida y eficaz de cualquier conflicto que pudiera surgir entre los contratantes. Junta a ello, la buena fe y la colaboración entre las partes resultan esenciales para el éxito del servicio que se ha externalizado. En relación a la resolución anticipada por justa causa, a pesar de la potestad de los contratantes para acordar las causas de resolución que estimen convenientes, lo más equilibrado es que cualquier incumplimiento por una de las partes sea evaluado según el rigor o la flexibilidad que resulta de la aplicación de la normativa y la jurisprudencia al respecto. Adicionalmente, la resolución anticipada debe supeditarse a que el incumplimiento sea grave y refiera a una obligación principal de forma que frustre la finalidad del contrato. Por último, para dirimir las posibles discrepancias que no pudieran ser resueltas por las partes a través de los comités de gobierno del contrato, se debe optar entre la jurisdicción civil o el arbitraje, resultando recomendable, independientemente de la elección, que las partes intenten voluntariamente lograr un acuerdo con la intervención de un mediador.

Por todo lo anterior, la relación óptima para llevar a cabo un proceso de *outsourcing* es aquella en la que ambas partes se comprometen con el éxito del servicio, generando entre ellas una alianza estratégica con vocación perdurar en el tiempo.

CUARTA.- Para que una empresa externalice un servicio de *outsourcing* de conformidad al ordenamiento jurídico laboral, es requisito indispensable que exista una razón técnica que justifique la externalización y que el prestador sea una empresa autónoma, de forma que pueda diferenciarse el trabajo realizado por los trabajadores de la empresa principal y el realizado por los trabajadores del prestador. Adicionalmente, este último deberá ejercer una actividad empresarial propia, disponer del patrimonio e instrumentos productivos y estar constituida como una organización estable, respetando los derechos, obligaciones, riesgos y responsabilidades que le son inherentes como empresario. Bajo ningún supuesto la actividad del prestador podrá limitarse a ceder sus empleados a la empresa principal, sin dirigir ni organizar el trabajo de los mismos y sin arriesgar su organización empresarial, pues ello supone un indicio de cesión ilegal de trabajadores. Adicionalmente, deben evitarse otros escenarios que constituyen indicios de cesión ilegal de trabajadores, tales como la confusión de plantillas de la empresa principal y del prestador en sustituciones y/o cambios de turnos, la implantación de sistemas de retribución o de incentivos idénticos en la empresa principal y en el prestador o el uso por el prestador de los activos informáticos propiedad de la empresa principal para la ejecución del servicio. Ante cualquier indicio de cesión ilegal es necesario revisar el supuesto concreto en el que se ha producido, tomando en consideración lo establecido por la normativa laboral y la jurisprudencia más reciente recaída sobre la materia.

QUINTA.- En un proceso de *outsourcing* de cierta complejidad pudiera incluirse, como uno de los acuerdos alcanzados por los contratantes, la transferencia al prestador de los trabajadores dedicados hasta entonces al servicio objeto de la externalización, con el fin de facilitar la correcta ejecución del servicio. Dependiendo de las circunstancias concretas, esta transferencia podrá ocurrir vía bases voluntarias, mediante la cesación de mutuo acuerdo de la relación laboral entre la empresa receptora del servicio y sus trabajadores y la formalización de un contrato laboral *ex novo* entre el prestador y esos mismos trabajadores, o a través

de una transferencia de UPA. La transferencia de UPA está amparada por la normativa laboral, siempre que incluya todos los elementos organizativos y patrimoniales que permitan continuar la actividad empresarial de la UPA como una unidad socio-económica de producción susceptible de actuar de forma autónoma en el prestador. Si se optara por la transferencia de una UPA, deberán regularse en el contrato de *outsourcing* las obligaciones de cada una de las partes en relación a los empleados transferidos ante alguna contingencia laboral que pudiera surgir o la repercusión de producirse modificaciones en la normativa laboral que pudieran impactar en el servicio.

SEXTA.- Otro de los aspectos relevantes del proceso de *outsourcing* es el referido al tratamiento por el prestador de los datos de carácter personal incluidos en los ficheros del cliente -e. g. ficheros de clientes, empleados y/o proveedores- y las medidas de seguridad que deben aplicarse a los mismos. En materia de protección de datos, el objetivo de los contratantes no debe ser adaptar sus procesos internos a la normativa que resulta de aplicación, sino incorporar esta materia a la cultura, organización y funcionamiento de sus respectivas compañías. El receptor del servicio de *outsourcing*, como responsable del fichero, determina la finalidad, contenido y uso del tratamiento que se le da a los datos de carácter personal, conforme a la normativa. El prestador, por su parte, como encargado del tratamiento, debe cumplir las indicaciones del responsable así como con las obligaciones que de la normativa se derivan. Las cláusulas contractuales referidas a la protección de datos y las medidas de seguridad relativas a estos deben regularse en el contrato y se incluirá, adicionalmente, la declaración expresa del prestador como encargado de tratar los datos conforme a las instrucciones del cliente y a no comunicarlos a terceros ni utilizarlos con una finalidad distinta a la establecida en el contrato.

En el supuesto que el prestador subcontrate a un tercero la prestación parcial del servicio y este requiera acceder a los ficheros del cliente, previa



autorización del titular del fichero y como subencargado del tratamiento deberá respetar las obligaciones que le impone la normativa.

Si para la ejecución del servicio en modalidad *off-shore* el prestador requiriese acceder a los ficheros del cliente desde fuera del EEE será necesaria la autorización previa del Director de la AEPD, salvo que los datos se transfieran a un país que ofrezca un nivel adecuado de protección al establecido en la normativa comunitaria o que se trate de supuestos legalmente exentos de citada autorización. Las cláusulas contractuales tipo establecidas por las Decisiones de la Comisión Europea exigen a los Estados miembros reconocer que estas cláusulas contractuales tipo proporcionan las garantías adecuadas. Ciertamente, el sistema de listas blancas de países con un nivel equiparable de protección ha sido muy útil en términos prácticos. No obstante, sigue siendo necesario analizar nuevas vías que permitan una adecuada ponderación entre la protección de la intimidad y los legítimos intereses empresariales en un contexto globalizado como el actual, por lo que la Comisión Europea sigue trabajando en esta línea.

Respecto a las medidas de seguridad que los contratantes deben implantar sobre los ficheros, lo ideal es que estas no sean una mera réplica de las incluidas en la normativa, sino que se adecúen a cada caso particular, para cumplir con los principios y obligaciones dictados por esta.

SÉPTIMA.- En el marco de un proceso de *outsourcing*, los contratantes deben respetar los derechos de los que cada parte fuera titular con carácter previo a la perfección del contrato sobre los materiales susceptibles de protección al amparo de la normativa sobre propiedad intelectual, tales como metodologías, documentos de trabajo, esquemas, diseños, programas de ordenador, manuales de usuario y operación, etc.

De igual forma, debe acordarse quién será el titular de los derechos de propiedad intelectual sobre los materiales que pudieran generarse como resultado de la prestación de los servicios. Si el prestador tuviera que ceder en exclusiva la propiedad de los mismos en todos los contratos que formalizase con sus clientes, ello le obligaría a desarrollarlos *ex novo* para cada nuevo cliente, lo cual supondría, inevitablemente, un incremento sustancial del precio de sus servicios. Tomando en consideración lo anterior así como la necesidad del cliente de poder utilizar y modificar los materiales desarrollados en virtud del servicio, lo más equilibrado es que el prestador ostente la titularidad de los derechos de propiedad intelectual y ceda al cliente aquellos derechos de explotación, tan amplios como fuera necesario, para permitirle utilizar, modificar y/o adaptar los materiales generados como resultado del servicio en el ámbito de su actividad empresarial.

OCTAVA.- El responsable de un hecho dañino debe reparar el daño causado al perjudicado, ya se hubiera producido este en el ámbito contractual o extracontractual. Es práctica común en la contratación informática y, por ende, en la referida a los servicios de *outsourcing*, la inclusión en el contrato de una cláusula restrictiva de responsabilidad. En virtud de ella, el prestador limita o excluye - dependiendo de la materia que se trate- la responsabilidad que pudiera derivarse del contrato, de forma que esta sea proporcional a la contraprestación económica que recibe, balanceándose riesgo frente a beneficio. La empresa receptora del servicio no debiera pretender trasladar al prestador, junto al servicio externalizado, los riesgos directamente asociados a su propio negocio, riesgos que asumiría, en todo caso, si no hubiera formalizado el contrato de *outsourcing*. Sin embargo, esta potestad de las partes de limitar y/o excluir su responsabilidad no podrá aplicarse cuando medie dolo o culpa grave por parte del responsable del hecho dañino ni en aquellos supuestos en los que se lesionen los derechos fundamentales reconocidos por la CE tales como el derecho a la vida, a la integridad física y moral, al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

En cualquier caso, conviene resaltar que la inclusión de una cláusula exoneratoria no implica una completa desprotección para el perjudicado, ya que dispondrá de otras vías jurídicas para paliar o reparar el impacto que el daño le hubiera podido ocasionar, como pudiera ser la resolución contractual con justa causa en el supuesto que el responsable hubiera incumplido una obligación esencial que frustrase la finalidad del contrato.

Ligado a la responsabilidad civil se encuentra habitualmente la solicitud al prestador por la empresa receptora del servicio de un seguro de responsabilidad civil que cubra al asegurado ante una pérdida patrimonial derivada de la responsabilidad civil que pudiera reclamarle el perjudicado -esto es, la empresa receptora de los servicios o un tercero ajeno a la relación negocial de *outsourcing*-. La póliza de seguro determina los hechos generadores de responsabilidad civil cubiertos, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado en el caso de que este último incurra en responsabilidad civil mediando dolo o mala fe. Mientras que la cláusula restrictiva de responsabilidad reduce y/o excluye la obligación de reparar el daño, no ocurre así con el seguro de responsabilidad civil. En este último caso, el asegurador cubrirá la deuda indemnizatoria del prestador hasta el importe con él pactado en el contrato de seguro, y de la cuantía que exceda de esa cuantía se hace cargo el prestador. Efectivamente, se produce una subrogación del asegurador en la deuda indemnizatoria del prestador hasta el importe máximo acordado entre ambos, pero el prestador no evita su responsabilidad porque el daño que ocasionó será reparado, obteniendo el perjudicado su indemnización del asegurador o del prestador.

NOVENA.- El *cloud computing*, como modelo flexible de prestación de servicios tecnológicos, supone una evolución del *outsourcing* tradicional y un salto cualitativo en los modelos de provisión de servicios TIC. Reduce los costes de la innovación y libera a las empresas, en cierta medida, de preocupaciones relacionadas con sus sistemas de información, permitiéndoles centrarse en su *core*

*business* al disponer de recursos informáticos en función de sus necesidades y sin que tenga que dedicar una ingente inversión económica y humana a labores de implantación y mantenimiento de sus sistemas informáticos. Sin embargo, es fundamental que el receptor del servicio elabore un plan de negocio sólido y defina al detalle la estrategia de transición antes de migrar a un modelo *cloud computing*. Debe identificar los procesos que resulten críticos para su negocio y valorar su dependencia de los sistemas de información, ya que la transición de las aplicaciones que soporten procesos críticos es un proceso delicado que requiere un análisis detallado. Adicionalmente, es importante que acuerde con el prestador la tipología de *cloud computing* –nube pública, nube privada o nube híbrida- y las medidas y procedimientos que deberán implantarse para evitar, o en el peor de los casos mitigar, los posibles riesgos que amenazan el modelo *cloud computing*: privacidad, confidencialidad, cumplimiento normativo y seguridad de los datos de carácter personal y de información sensible. Conocer y controlar durante la vigencia del servicio la ubicación de los datos de carácter personal del cliente ha sido uno de los mayores obstáculos para la contratación de servicios en la nube por parte de las empresas. Por ello, resulta esencial conocer y regular en el contrato la localización territorial de los recursos informáticos a emplear por el prestador para la provisión del servicio, así como recabar, si fuera necesario, las autorizaciones de la AEPD antes de realizar una transferencia internacional de los datos. Por último, no cabe duda que las decisiones que adopte el legislador a corto y medio plazo, fijando las reglas de juego del *cloud computing*, serán fundamentales para la evolución a futuro de esta novedosa fórmula de gestión de los sistemas de información empresariales.

---

## Bibliografía

### Libros

ÁLVAREZ LATA, N. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, editorial Comares, Granada, 1998

APARICIO SALOM, J. *Estudio sobre la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, edición 2ª, editorial Aranzadi, Madrid, 2002

APARICIO VAQUERO, J. P. *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información*, editorial Comares, Granada, 2002

APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Comentario al artículo 96.º LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 97.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 99.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

APARICIO VAQUERO, J. P. y DELGADO ECHEVERRÍA, J. “Comentario al artículo 100.º LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

APPLEGATE, L. M. y MONTEALEGRE, R. *Eastman Kodak: Managing Information Systems Through Strategic Alliances*, Harvard Business School, Boston, MA, 1991

AZPILICUETA, H. T. *Derecho informático*, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987

BADOSA COLL, F. “Comentario al artículo 1.104 CC” en *Comentarios del Código Civil*, T. II, Ministerio de Justicia, 1993

BANEGAS NÚÑEZ, J. “El planeta Internet: la economía interconectada” en *Régimen jurídico de Internet*, CREMADES, J. FERNÁNDEZ-ORDÓÑEZ, M. A. y ILLESCAS, R. (Coor.), editorial La Ley, Madrid, 2002

BAUZA REILLY, M. *Responsabilidad civil en materia informática*, Informática y Derecho, vol. 1, 1996

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A. *Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores, editorial Tecnos, 1987

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. “Comentario al artículo 1.º LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

CARRASCOSA LÓPEZ, V., POZO ARRANZ, Mª. A. y RODRÍGUEZ DE CASTRO, E. P. *La contratación informática. El nuevo horizonte contractual*, editorial Comares, Granada, 1997

CARRASCO PERERA, A. *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, (Dir.) ALBALADEJO GARCÍA, M., editorial Edersa, Madrid, 1989

CASALS COLLDECARRERA, M. “Voz: Arrendamiento de Servicios” *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. II, (Dir.) MASCAREÑAS, C.E., Seix Editor, Barcelona, 1983

CASTÁN TOBEÑAS, J. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T. III, Derecho de Obligaciones, editorial Reus, 1992

CASTRO LUCINI, F. *Los negocios jurídicos atípicos*, Revista de Derecho Notarial. 1974

CAVANILLAS MÚGICA, S. “Comentario al artículo 48.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

CAVANILLAS MÚGICA, S. y TAPIA FERNÁNDEZ, I. *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual: Tratamiento sustantivo y procesal*, editorial universitaria Ramón Areces, Madrid, 1992

CAVANILLAS MÚGICA, S. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1987

CERDÁ MICÓ, A. *La ingeniería laboral del Outsourcing*, editorial Aranzadi Social, nº 5, 1998

CLAVER CORTÉS, E. y GONZÁLEZ RAMÍREZ, M<sup>a</sup>. R. *Análisis descriptivo del outsourcing de los sistemas de información*, ESIC Market, 1999

CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, J. L. *Derecho de daños*, editorial 2<sup>a</sup>, editorial Bosh, Barcelona, 1999

CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>. R. *Consideraciones jurídicas del contrato de outsourcing* en Encuentros sobre Informática y Derecho, 1997-1998, ICADE, editorial Aranzadi, Madrid, 1998

CORRIPIO GIL-DELGADO, M<sup>a</sup>. R. *Los contratos informáticos. El deber de información precontractual*, Estudios Jurídicos N. S., editorial Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1999

CREMADES SANZ-PASTOR, B. *El Arbitraje en la doctrina constitucional española*, Revista Lima Arbitration, nº 1, 2006

CRUZ VILLALÓN, J. *Descentralización productiva y responsabilidad laboral por contrata*, Relaciones Laborales, Tomo II, 1992

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. *Manual de Derecho Informático*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1993

DAVARA RODRÍGUEZ, M. A. *Manual de Derecho Informático*, edición 10<sup>a</sup>, editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2008

DE ÁNGEL YAGÜEZ, R. *Tratado de responsabilidad civil*, editorial Civitas, Madrid, 1993

DE CARLOS BELTRÁN, J. M. *El Outsourcing como estrategia de gestión alternativa y su regulación contractual*, Derecho de los Negocios, nº 91, abril 1998

DE LAMBERTERIE, I. *El deber de consejo en el contrato informático* en X Encuentros sobre Informática y Derecho, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), editorial Aranzadi, 1995-1996

DE PABLO CONTRERAS, P. *Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (Coor.) DE AGUIRRE ALDAZ, C. M., edición 3<sup>a</sup>, editorial Colex, Madrid, 2011

DE ROVIRA MOLA, A. "Voz: Contrato complejo", *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. V, (Dir.) MASCAREÑAS, C.E., Seix Editor, Barcelona, 1983

DELGADO ECHEVERRIA, J. *Comentario a la Sentencia de 12 de diciembre de 1988*, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 18, 1988, y DELGADO ECHEVERRIA, J. *Miscelánea de jurisprudencia sobre programas de ordenador y contratos de informática*, Aranzadi Civil, nº 26, 1996

DEL ARCO TORRES, M. A. *Diccionario de Derecho Civil*, editorial Comares, 1998

DEL PESO NAVARRO, E. *Manual de outsourcing informático*, edición 2ª, editorial Díaz de Santos, Madrid, 2003

DESDENTADO BONETE, A. *La sucesión de empresa: Una lectura del nuevo artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores desde la jurisprudencia*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº 38, 2002

DI MARTINO, V. y VIRTH, L. *Teletrabajo: Un nuevo modo de trabajo y de vida*. Revista Internacional del Trabajo, vol. 109, nº 4, 1990

DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ, Mª. D. *Los contratos atípicos*, Actualidad Civil, nº 16, 1998

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. *La mora y la responsabilidad contractual*, editorial Cívitas, Madrid, 1996

DÍEZ-PICAZO, L. *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Vol. 5. La responsabilidad civil extracontractual*, edición 1ª, editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2011

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *Sistema de Derecho Civil*, vol. III, edición 9ª, editorial Tecnos, Madrid, 2001

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Derecho de daños*, editorial Cívitas, Madrid, 1999

FERNÁNDEZ MASÍÁ, E. *La protección de los programas de ordenador en España*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 1996

FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, J. A. y DOLZ DEL CASTELLAR, C. *Outsourcing. Una solución de gestión* en Ponencias de las XVI Jornadas JIAL, Editorial Diputación de Salamanca, Salamanca, 1994



FRANCOS AVELLANAL, E. *Contratos complejos. Notas para un estudio doctrinal y jurisprudencial*, Actualidad Civil, 1993

GALÁN CORONA, E. *La creación asalariada del software y el secreto empresarial en su tutela*, Estudios homenaje a José Girón Tena, editorial Civitas, Madrid, 1991

GARCÍA AMIGO, M. *Cláusulas limitativas de responsabilidad contractual*, editorial, Tecnos, Madrid, 1965

GARCÍA DEL POYO, R. *Cloud Computing: aspectos jurídicos clave para la contratación de estos servicios*, Revista Española de Relaciones Internacionales, nº 4, 2012

GARCÍA RIVAS, N. *La Ley Penal*, nº 107, Sección Estudios, editorial La Ley, marzo-abril 2014

GARCÍA RUBIO, M. P. *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, editorial Tecnos, Madrid, 1991

GARCÍA VALDECASAS, G. *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español*, Revista de Derecho Privado, 1962

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C., “Comentario al artículo 43.º LPI” en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C. *Estructura y función del tipo contractual*, editorial Bosch, 1979

GETE-ALONSO Y CALERA, M<sup>a</sup>. C. *La contratación en materia informática*, La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, nº 2, 1992

GÓMEZ SEGADE, J. A. “Voz: secreto industrial” en *Enciclopedia Jurídica Básica*, tomo IV, editorial Civitas, Madrid, 1995

GRANDA, F. E. y SMOLJE, A. R. *Outsourcing: herramientas para el análisis económico y estratégico*, Costos y Gestión, nº 25, IAPUCO, 1997

GUSTAVINO, E. *Responsabilidad Civil y otros problemas jurídicos en computación*, editorial La Roca, Buenos Aires, 1997

HEREDERO HIGUERAS, M. *Cláusulas ilustrativas para la negociación de contratos de bienes y servicios informáticos*, Informática y Derecho, nº 1, UNED-Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1992

HERNANDO COLLAZOS, I. *Contratos informáticos. Derecho Informático. Legislación y práctica*, editorial RST, San Sebastián, 1995

JORDANO FRAGA, F. *Obligaciones de medios y resultado (a propósito de alguna jurisprudencia reciente)*, Anuario de Derecho Civil, nº 44, 1991

JORDANO, J. B. *Los contratos atípicos*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1953

KAHALE CARRILLO, D. T. *Descentralización Productiva y Ordenamiento Laboral: un estudio sobre la contratación externa de actividades descentralizadas*, Cuadernos de Aranzadi Social, nº 39, editorial Thomson Aranzadi, Madrid, 2011

LACITY, M. C. y HIRSCHHEIM, R. *Subcontratación de los sistemas de información: mitos y realidades*, Deusto Business Review, editorial Deusto, nº 59, 1/1994

LAFUENTE, J. J. *La contratación de los servicios informáticos: análisis de riesgos en el outsourcing*, Auditoría Interna, nº 38, mayo-agosto 1994

LARGO GIL, R., BUESO GUILLÉN, P. y HERNÁNDEZ SÁINZ, E. "La moderna instrumentación contractual de la externalización de actividades empresariales" en *Descentralización productiva y responsabilidad empresariales. El outsourcing*, (Dir.) RIVERO LLAMAS, J., editorial Aranzadi, 2003

LOH, L. y VENKATRAMAN, N. *Diffusion of Information Technology Outsourcing: Influence Sources and The Kodak Effect*, Information Systems Research, 3 (4), 1992

LÓPEZ FRÍAS, A. *Los contratos conexos. Estudio de supuestos y ensayo de una construcción doctrinal*, editorial Bosch, Barcelona, 1994

LÓPEZ-IBOR MAYOR, V. y GARCÍA DELGADO, S. *Situación del Derecho Informático en España y Europa: algunas consideraciones*. Informática y Derecho, Actas del III Congreso Iberoamericano de Informática y Derecho, vol. I, UNED-Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1994

LÓPEZ Y LÓPEZ, A. M. *La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código Civil en materia de contratos de servicios y de obra*, (Coor.) GONZÁLEZ GARCÍA, J., Universidad de Jaén, Jaén, 1996

LUCAS FERNÁNDEZ, F. "Comentario al art. 1588 del Código Civil" en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. XX, vol. 2.º, arts. 1583 a 1603, ALBALADEJO GARCÍA, M. (Dir.), Madrid, 1986

MARTÍNEZ CALCERRADA, L. *La responsabilidad civil y la llamada imputación objetiva razonable*. Asociación de profesores de derecho civil, 2010

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. *Derecho y Cloud computing*, edición 1ª, editorial Aranzadi, Madrid, 2012

MARTÍN FLÓREZ, L. *Outsourcing y teletrabajo: consecuencias jurídico laborales sobre nuevos sistemas de organización del trabajo*, Revista Española del Derecho del Trabajo, nº 71, 1995

MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. *Tratado Práctico de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, editorial Aranzadi, 2005

MARTÍNEZ ESPÍN, P. "Comentario al artículo 14.º LPI" en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

MARTÍNEZ GARRIDO, L. R. *Tratamiento laboral de la contratación y subcontratación entre empresas. Problemas y soluciones*, Fundación Confemetal, 1998

MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, A. *La resolución contractual: acción resolutoria en el contrato de compraventa*, edición 2ª, editorial Bosch, 2002

MONTOYA MEDINA, D. *Trabajo en contratas y protección de los trabajadores*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004

MONTOYA MELGAR, A. *Nuevas dimensiones jurídicas de la organización del trabajo en la empresa*, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, nº. 23, 2000

MUCIUS SCAEVOLA, Q. *Código Civil*, T. XIX, *De las obligaciones*, edición 2ª, revisada y puesta al día por MARÍN PÉREZ, P., Madrid, 1957

MUNNE CATARINA, F. *La mediación, resolución pacífica de conflictos. Régimen jurídico y eficacia procesal*, editorial La Ley, Madrid, 2013

MUÑOZ-DELGADO Y MÉRIDA, J. y RAJÓN SUÁREZ, E. *El contrato de outsourcing informático* en Jornada sobre los contratos informáticos y su auditoría jurídica, IFE, Madrid, 1996

OROZCO PARDO, G. *La teoría general de la responsabilidad civil aplicada al campo de la informática como actividad de riesgo*, Informática y Derecho, nº 12-15. Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho, vol. I, UNED-Centro Regional de Extremadura, Mérida, 1996

ORTEGA GIMÉNEZ, A. y MARZO PORTERA, A. *Empresa y transferencia internacional de datos personales*, edición 1ª, ICEX, Madrid, 2013

OSSORIO SERRANO, J. M., *Derecho de daños y responsabilidad civil*, edición 1ª, editorial La Ley, Madrid, 2011

OSUNA NAVAJAS, M. I. *Consideraciones sobre el arbitraje como sistema alternativo de resolución de conflictos tras la reforma de la Ley de Arbitraje y la aplicación en los litigios agrarios*, Actualidad Civil, editorial La Ley, nº 2, febrero 2015

PARELLADA, C. A. *Daños en la actividad judicial e informática desde la responsabilidad profesional*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1990

PARRA LUCÁN, M. A. *Curso de derecho Civil II. Derecho de Obligaciones*, (Coor.) DE AGUIRRE ALDAZ, C. M., edición 3ª, editorial Colex, Madrid, 2011

PAZ-ARES, C. y ALFARO ÁGUILA-REAL, J. "Artículo 38", en CASAS BAAMONDE M. E. y RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M. *Comentarios a la Constitución española. XXX aniversario*, Fundación Wolters Kluwer, Madrid, 2008

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *100 Preguntas laborales sobre descentralización productiva*, editorial La Ley, 2011

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *Libertad de empresa y relaciones laborales en España*, Instituto de Estudios Económicos, 2005

PÉREZ LUÑO, A. E. *Manual de Informática y Derecho*, editorial Ariel, Barcelona, 1996

PINTO MONTEIRO, A. *Las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil*, revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, nº 83, 1995

QUINTÁS, J. R. *Tecnología y banca minorista en la década de los noventa* en Papeles de Economía Española, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, nº 47, 1991

RAMÍREZ IGLESIAS, J. *El status negocial de los programas de ordenador: contratos software*, Informática y Derecho, Actas del II Congreso Internacional de Informática y Derecho, UNED-Centro Regional de Extremadura, vol. II, Mérida, 1996

REBOLLO DELGADO, L. *Vida Privada y Protección de Datos en la Unión Europea*, editorial Dykinson, Madrid, 2008

REGLERO CAMPOS, L. F. “Conceptos generales y elementos de delimitación” en *Tratado de responsabilidad Civil*, (Coor.) REGLERO CAMPOS, L. F., T. I., edición 3ª, editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Comentario al Libro Primero-Título Segundo-Sección Segunda LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (Coor.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

RIVERO HERNÁNDEZ, F. “Régimen de la responsabilidad por el hecho propio”, en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones, parte general. Teoría general del contrato*, edición 2ª, revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Madrid, 2000

ROCA TRÍAS, E y NAVARRO MICHEL, M. *Derecho de daños. Textos y materiales*, edición 6ª, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011

RODRÍGUEZ ANDRÉS, M. A. *La Ley Penal*, editorial La Ley, nº 28, Sección Informe de Jurisprudencia, Junio 2006

RODRÍGUEZ MEJÍA, M. *Requisitos e impedimentos para ser arbitro en el derecho español*. Revista de Derecho Privado, nº 20, 2011

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDIA ROMAN, F. *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, editorial Cívitas, Madrid, 1997

SANCHO REBULLIDA, F. en LACRUZ BERDEJO, J. L. *Elementos de Derecho Civil, Tomo II, Derecho de obligaciones, parte general. Teoría general del contrato*, edición 2ª, revisada y puesta al día por RIVERO HERNÁNDEZ, F., Madrid, 2000

SANCHO VILLA, D. *Negocios internacionales de tratamiento de datos personales*, edición 1ª, editorial Cívitas, Madrid, 2010

SANTOS BRIZ, J. *Derecho de daños*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963

SANTOS BRIZ, J. *La responsabilidad civil (T. 1)*, editorial Motecorvo, Madrid

SUÑÉ LLINÁS, E. *Teletrabajo*, Informática y derecho, nº 19-22 (Ejemplar dedicado a: Jornadas Marco Legal y Deontológico de la Informática. Actas (volumen I)), 1998

SUÑÉ LLINÁS, E. *Tratado de Derecho Informático. Volumen I: Introducción y Protección de Datos Personales*, edición 2ª, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002

SUÑÉ LLINÁS, E. y SANTAMARÍA RAMOS, F. “Responsables y encargados del tratamiento: Título VII. Infracciones y Sanciones. Artículo 43”, (Dir) TRONCOSO REIGADA, A., en *Comentario a la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal*, editorial Thomson Reuters, Pamplona, 2010

TERRADO SÁNCHEZ, F. *Contratación informática: Bases de datos* en VIII Encuentros sobre Informática y Derecho, Facultad de Derecho e Instituto de Informática Jurídica de la Universidad Pontificia de Comillas (ICADE), editorial Aranzadi, Madrid, 1994-1995

VICENTE DOMINGO, E. “El daño” en *Tratado de responsabilidad Civil*, (Coor.) REGLERO CAMPOS, L. F., edición 3ª, editorial Thomson Aranzadi, Pamplona, 2008

VILLANUEVA LUPIÓN, C. *El servicio como objeto de tráfico jurídico*, edición 1ª, editorial La Ley, Madrid, 2009

YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, editorial Dykinson, Madrid, 2001

## Informes

Cloud Computing: la tercera ola de las Tecnologías de la Información. Fundación de la Innovación Bankinter. 2010, pp. 37-38. Publicación resultado del Future Trends Forum 2010 y cuyos ponentes fueron Paul Borrill, Peter Coffee, John Parkinson, Joseph Tobolski, Chris Whitney, Irving Wladawsky-Berger y Alpheus Bingham. Disponible en la URL: <<https://www.fundacionbankinter.org/ftf/cloud>>.

Cloud Compliance Report, versión 1, CSA-ES - ISM Forum Spain, mayo 2011

Guía para clientes que contraten servicios de Cloud Computing, AEPD, 2013, p. 9. Disponible en la URL: <[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA\\_Cloud.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/GUIA_Cloud.pdf)>.

Guidelines on security and privacy in public cloud computing. 2011. Disponible en la URL: <<http://csrc.nist.gov/publications/nistpubs/800-144/SP800-144.pdf>>.

Informe 368/2003 de la AEPD sobre la inscripción de ficheros situados en múltiples ubicaciones

Informe Jurídico 427/2004 de la AEPD sobre ámbito territorial de la Ley y organismos internacionales.

Informe 582/2004 de la AEPD sobre subcontratación de un encargado del tratamiento en tercer país que no ofrece nivel adecuado de protección

Informe 2008/078 de la AEDP sobre el ámbito de aplicación de la legislación de protección de datos. Aplicación a empresarios individuales y personas de contacto (artículos 2.2 y 2.3 del Reglamento)

Informe Jurídico 101/2013 de la AEPD sobre el cumplimiento de la LOPD como requisito previo a la transferencia

*Libro Blanco de buenas prácticas en el mercado de la Consultoría.* Asociación Española de Empresas de Consultoría. Fundación Confemetal, Madrid, 2008

Market Share Analysis: IT Outsourcing Services, Worldwide, 2011, Gartner, abril 2012

Memoria Anual de la AEPD correspondiente al año 2013

Orientaciones para prestadores de servicios de Cloud Computing, AEPD, 2013, p. 6. Disponible en la URL:

<[http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/ORIENTACIONES\\_Cloud.pdf](http://www.agpd.es/portalwebAGPD/canaldocumentacion/publicaciones/common/Guias/ORIENTACIONES_Cloud.pdf)>.

Riesgos y amenazas en cloud computing. Disponible en la URL:

<[https://www.incibe.es/extfrontinteco/img/File/intecocert/EstudiosInformes/cert\\_inf\\_riesgos\\_y\\_amenazas\\_en\\_cloud\\_computing.pdf](https://www.incibe.es/extfrontinteco/img/File/intecocert/EstudiosInformes/cert_inf_riesgos_y_amenazas_en_cloud_computing.pdf)>.

The Notorious Nine: Cloud Computing Top Threats in 2013. 2013. Disponible en la URL:

<[https://downloads.cloudsecurityalliance.org/initiatives/top\\_threats/The\\_Notorious\\_Nine\\_Cloud\\_Computing\\_Top\\_Threats\\_in\\_2013.pdf](https://downloads.cloudsecurityalliance.org/initiatives/top_threats/The_Notorious_Nine_Cloud_Computing_Top_Threats_in_2013.pdf)>.



---

## **Jurisprudencia**

### **Capítulo 1**

STS de 27 de octubre de 1994

STC 37/1981 de 16 de noviembre

STC 84/1993 de 8 de marzo

### **Capítulo 2**

STS de 4 de octubre de 1993

STS de 27 de octubre 1994

STS de 12 de junio de 1979

STS de 21 de abril de 2006

SAP de Madrid de 29 de enero de 2001

SAP de Sevilla de 12 de noviembre de 1997

STS de 22 de mayo de 2014

STS de 11 de marzo de 1957

SAP de León de 8 de mayo de 2003

STS de 14 de enero de 1999

STS de 3 de noviembre de 2000

STS de 5 de septiembre de 1991

STS de 6 de noviembre de 1991

STS de 1 de junio de 1992

STS de 27 de enero de 1993

STS de 21 de enero de 1999

STS de 21 noviembre de 2000

STS de 5 de noviembre de 1989

STS de 20 de junio de 1993

STS de 3 de abril de 1981

STS de 10 de marzo 1983

STS de 27 de noviembre de 1992

STS de 18 de noviembre de 1993

STS de 7 de marzo de 1995

STS de 14 de diciembre de 1983

STS de 3 de abril de 2000

STS de 15 de febrero de 1993

STS de 20 de junio de 1980

STS de 4 de abril de 1990

STS de 15 de febrero de 1993

STS de 20 de junio de 2000

STS de 27 de noviembre de 1992

STS de 3 de noviembre de 2000

STS de 14 de diciembre de 1998

STS de 10 de julio de 1998

STS de 19 octubre de 1995.

STS de 8 de julio de 1952

STS de 16 de mayo de 1979

STS de 27 de junio de 1984

STS de 30 de septiembre de 1989

STS de 24 de julio de 1990

STS de 29 de noviembre de 1990

STS de 29 de noviembre de 1991

STS de 31 de diciembre de 1998

STS de 25 de febrero de 2000

STS de 15 de junio de 1992

STS de 25 de febrero de 2000

STS de 22 de diciembre de 1997

STS de 3 de octubre de 1994

STS de 12 de septiembre de 2002

STS de 19 de octubre de 1996

STC 288/93 de 4 de octubre de 1993

STS de 11 de septiembre de 1987

SAP de las Palmas de Gran Canaria, de 29 de septiembre de 1995

STC 288/93 de 4 de octubre de 1993

STC 176/96 de 11 de noviembre de 1996

### **Capítulo 3**

STS de 17 de diciembre de 2001

STS de 14 de septiembre de 2001

STSJ de Madrid de 7 de febrero de 2005

STS de 12 de julio de 1994

STS de 2 de diciembre de 1987

STS de 17 de mayo de 1996

STS de 7 de marzo de 1988

STS de 19 de enero de 1994

STS de 25 de octubre de 1999

STS 14 de septiembre de 2001

STS 17 de enero de 2002

STSJ de Cataluña, de 17 de octubre de 2001

STSJ de Castilla y León/Valladolid, de 11 de julio de 1995

STS de 30 de julio de 1996

STS de 9 de julio de 2002

STS de 9 de julio de 2002

STS de 11 de octubre de 1993

STS de 19 de enero 1994

STS de 12 de diciembre de 1997

STS de 14 de marzo de 2006

STS de 21 de marzo de 2006

STS de 3 de octubre de 2005

STS de 16 de junio de 2003

STS 14 de septiembre de 2001

STS de 17 de enero de 2002

STS de 16 de junio de 2003

STS de 29 de enero de 2004

STS de 19 de mayo de 2004

STS 17 de julio de 1993

STS de 16 de junio 2003

STS de 25 de abril de 1988

STS de 9 de octubre de 1994

STS de 23 de febrero de 1994

STS de 31 de marzo de 1998

STS de 22 de mayo de 2000

STS de 13 de marzo de 1990

STS de 26 de noviembre de 2004

STS de 19 de enero de 2005

STS de 29 de mayo de 2008

STS de 12 de julio de 2010

STS de 11 de diciembre de 1985

STS de 16 de febrero de 1987

STS de 15 de junio de 1992

STS de 20 de septiembre de 1994

STS 15 de diciembre de 1998

STS de 20 de enero 1997

STS de 24 de marzo 2003

## **Capítulo 4**

SAN de 15 de enero de 2011

STC 292/2000, de 30 de noviembre

SAN de 19 de julio de 2013

STC 292/2000 de 30 de noviembre de 2000

SAN de 18 de enero de 2002

STS de 15 de julio de 2010

SAN de 18 de febrero de 2002

SAN de 1 de febrero de 2006

STC 292/2000, de 30 de noviembre de 2000

SAN de 26 de enero de 2001

## **Capítulo 5**

STS de 26 de octubre de 1992

SAP de Asturias de 17 de diciembre de 1998

SAP de Alicante de 18 de octubre de 1999

SAP de Cádiz de 11 de marzo de 2002

STS de 12 de diciembre de 1988

STS de 17 de mayo de 2003

STS de 17 de mayo de 2003

SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 2005

STS de 4 de octubre de 1983

STS de 4 de octubre de 1983

STS de 18 de marzo de 1966

STS de 10 de noviembre de 1981

STS de 30 de junio de 1987

STS de 22 de marzo de 1962

STS de 9 de febrero de 1965

STS de 23 de marzo de 1999

STS de 23 de marzo de 1999

STC 127/2002 de 20 de febrero

SAP de Madrid de 2 de diciembre de 2008

STS de 10 de febrero de 2006

SAP de Córdoba, de 12 de junio de 2002

STS de 2 de octubre de 2002

## **Capítulo 6**

SAP de Valencia, de 15 de diciembre de 1994

STS de 30 de noviembre de 1999

STS de 30 de marzo 2005

STS de 5 de noviembre de 2014

STS de 11 de abril 2011

STS de 5 de septiembre 2007

STS de 30 noviembre de 2012

STS de 9 de abril 1996

STS de 31 de mayo de 2000



STS de 5 de noviembre de 1998

STS de 20 de febrero 2002

STS de 17 de mayo de 1989

STS de 27 de febrero de 1996

STS de 9 de enero de 1985

STS de 31 de octubre de 1931

STS de 10 de julio de 1943

STS de 31 de octubre de 1931

STS de 10 de julio de 1943

STS de 16 de mayo de 1988

STS de 16 diciembre de 1999

STS de 14 de octubre de 1989

STS de 26 de diciembre de 1986

STS de 30 de diciembre de 1996

STS de 15 de junio 1995

STS de 4 febrero 2003

STS de 5 de abril de 1956

STS 16 de julio de 1982

STS de 10 de diciembre de 1950

STS de 12 de marzo de 1957

STS de 25 de abril de 1984

STS de 11 de febrero de 1991

STS de 15 de diciembre de 1992

STS de 30 de septiembre de 1991

STS de 25 de febrero de 1994

---

## Abstract & Bibliography

PHD THESIS

“Legal aspects of IT Outsourcing”

Miguel Ángel Mata González

Academic advisor: Professor Emilio Suñé Llinás

Department of Legal Philosophy

Universidad Complutense de Madrid

### ABSTRACT

This work focuses on the legal aspects of IT outsourcing. It includes a thorough legal analysis of this multifaceted issue of high the economic and social impact and derives to guide the reader to deal with outsourcing. The purpose is to help in understanding the key legal factors involved in an outsourcing process, both for organizations considering IT outsourcing and for organizations that provide IT outsourcing. This thesis covers what is generally applicable to all types of outsourcing, while it also focuses on what is specifically relevant for IT. Each chapter centers on a different aspect of IT outsourcing contracts.

IT outsourcing occurs when a service recipient externalizes, in whole or in part, an internal business function, activity or service to a service provider that manages and delivers to an agreed quality level during a period of time. It may include the transfer of the service recipient's staff and/or assets -mainly hardware and software- previously used to execute the outsourced function to the service provider. In such a case, the outsourcing contract must define the legal issues involved in transferring the assets associated with the services from the service recipient to the service provider's control.

Chapter 1 begins with a review of the background, character and types of IT outsourcing, analyzing their advantages and disadvantages. The general aspects of

Private Law related to IT outsourcing are addressed in Chapter 2. It analyzes its characteristics -legal nature and applicable Law-, the standard contractual clauses included in an IT outsourcing contract and the available formal methods of dispute resolution -litigation through initiating formal legal court proceedings, mediation and arbitration. The law which applies to an IT outsourcing contract is principally the law applicable to IT contracts in general, largely affected by corporate law, and the laws of intellectual property and data privacy. IT outsourcing contracts are custom-crafted based on service recipient's objectives and service provider's capabilities. These contracts shall set up, clear and understandably, all the arrangements that have been agreed between the parties with regards to legal, commercial and service requirements. The contract shall define, among other aspects, the services to be provided under its scope, the committed service level agreements, the service provider's fees, the change in management process, the allocation of rights and responsibilities between the parties, the liability exclusions and caps, contingency planning and disaster recovery procedures and how the service provider will execute the transition for the service recipient when the contract is terminated regardless of circumstance. Goodwill, integrity and cooperation on both sides are as crucial in negotiating the contract as in carrying out the services.

Both the service recipient and the service provider should be sensitive about employment issues. Employment Law has developed and continues to evolve in respect of transfer of staff from the service recipient to the service provider, as explained in Chapter 3. The chapter addresses labor issues related to IT outsourcing, including the study of contractors and subcontractors, telework and the requirements to carry out a lawful business transfer as part of complex IT outsourcing processes. Up to date specialized employment Law advice should always be followed, particularly as the rules and their application constantly change as a result of court decisions in individual cases.

Chapter 4 discusses the possible concerns with regards to data privacy and its security. It is unusual to find a case where an IT outsourcing does not involve the processing by the service provider of personal data owned by the service recipient. In an outsourcing arrangement involving personal data, the service recipient will be the data controller and the outsourcing service provider will be the data processor. The objective of the applicable Law is to protect the privacy of the personal data of the data subjects, yet in so doing, to enable organizations to use such information legitimately. A review of the legal obligations specifically imposed on both parties is necessary. Chapter 4 also analyses the characteristics and requirements to carry out international data transfers outside the European Economic Area, and the guarantees required by the applicable regulations.

In most IT outsourcing, software and other intellectual property assets shall be either licensed or the ownership transferred. Chapter 5 addresses topics such as the moral and proprietary rights of the author on his work, the assignment of proprietary rights, the registration of an asset before the Intellectual Property Registry, the deposit of the source code of a software before the Public Notary and the legal actions available to the owner of intellectual property rights if a third party infringes them. It also outlines the key issues that the parties should consider in negotiating and structuring the agreements related to intellectual property. These should be treated with as much precision as possible in order to accurately state the specific rights pertaining to each party, reflecting the rights required for the different intellectual property assets -software, methodology, technology, etc.-. The parties shall agree if the rights to be granted by the licensor to the licensee are going to be transferable to third parties or not, exclusive or nonexclusive, royalty-free or not, revocable or non-revocable, and also which is going to be the territory and the term of the rights granted. In general, any IT outsourcing process requires the service recipient to grant rights over its pre-existing intellectual property assets to the service provider solely for purposes of the performance of the contracted services. Additionally, the service recipient may need to allow the service provider to create

derivative works of the service recipient's pre-existing intellectual property rights through improvements and/or updates. And, in that case, the parties shall determine which party will be the owner of the proprietary rights of the derivative works. The main concern of both parties is which party will obtain the ownership of the new intellectual property rights exclusively developed during the execution of the outsourced services. The parties should also consider including in the agreement a provision addressing the intellectual property rights in case the service provider needs to incorporate its pre-existing works into a custom developed works created in the framework of the outsourcing contract. Systems, procedures manuals and other documentation should not be ignored in the consideration of copyright, as the same principles will apply to them.

Chapter 6 analyzes the general aspects of civil liability, both contractual and extra-contractual, as well as procedures to repair the damage that may be caused during the execution of IT outsourcing. Additionally, a deep dive in the clauses regarding the limitation and exclusion of liability, frequent in IT outsourcing contracts, is also done in this Chapter. The service recipient will expect to have some remedies at its disposal in case infringement of material obligation occurs in the execution of the IT outsourcing services but, also, the service provider should limit its liability realistically. Therefore, an agreement between the parties shall be reached as to what limits and exclusions of liability are acceptable bearing in mind the scope and nature of the outsourced services. The law prohibits liability being excluded or unreasonably limited under certain conditions, such as liability arising from fraud, willful misconduct and gross negligence.

The thesis concludes with Chapter 7, by giving an overview of cloud computing, considered an evolution of traditional IT outsourcing. New technologies, such as virtualization, standardization and systems automation, facilitate effective economies of scale. Cloud computing refers to a category of services that require broad network access, that are rapidly elastic and scalable, available on demand

and with pricing based on a consumption model. The three most popular models of cloud computing -infrastructure as a service, platform as a service and software as a service- are analyzed. Additionally, the Chapter covers the three ways by which cloud computing services can be delivered: private cloud, public cloud and hybrid cloud. Most enterprise cloud solutions involve hybrid clouds. Even though cloud computing has many potential benefits, it is also important to bear in mind some of its risks, especially those related to the compliance with information security and data privacy laws that are the same or similar to the risks in more traditional outsourcing. Some of these risks may be mitigated by appropriate contract provisions. Should the service recipient use cloud computing solutions where personal data will be collected, processed, accessed, stored or transferred, then a due diligence on the service provider must be executed up front, and strong contractual protection and continued vigilant governance will be needed during the term of the contract.

In summary, this paper examines the legal implications of IT outsourcing operations carried out by companies according to Spanish Law.

**BIBLIOGRAPHY**

ÁLVAREZ LATA, N. *Cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, editorial Comares, Granada, 1998

APARICIO VAQUERO, J. P. *La nueva contratación informática. Introducción al outsourcing de los sistemas de información*, editorial Comares, Granada, 2002

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, edición 3ª, editorial Tecnos, Madrid, 2007

DE CARLOS BELTRÁN, J. M. *El Outsourcing como estrategia de gestión alternativa y su regulación contractual*, Derecho de los Negocios, nº 91, abril 1998

DEL PESO NAVARRO, E. *Manual de outsourcing informático*, edición 2ª, editorial Díaz de Santos, Madrid, 2003

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Derecho de daños*, editorial Cívitas, Madrid, 1999

GARCÍA DEL POYO, R. *Cloud Computing: aspectos jurídicos clave para la contratación de estos servicios*, Revista Española de Relaciones Internacionales, nº 4, 2012

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. *Derecho y Cloud computing*, edición 1ª, editorial Aranzadi, Madrid, 2012

MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, A. *La resolución contractual: acción resolutoria en el contrato de compraventa*, edición 2ª, editorial Bosch, 2002

PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. *100 Preguntas laborales sobre descentralización productiva*, editorial La Ley, 2011

RODRÍGUEZ TAPIA, J. M. y BONDIA ROMAN, F. *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, editorial Cívitas, Madrid, 1997

SUÑÉ LLINÁS, E. *Tratado de Derecho Informático. Volumen I: Introducción y Protección de Datos Personales*, edición 2ª, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2002



YZQUIERDO TOLSADA, M. *Sistema de Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual*, editorial Dykinson, Madrid, 2001